

商的色彩論と商法Ⅱ企業法論

―商法の自主性・独自性を問う目的・意義・方法―

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 商的色彩論と商法Ⅱ企業法論
- 三 商法Ⅱ企業法論の「企業」概念
- 四 企業一般か商的企業か・統一的企業概念か相対的企業概念か
- 五 統一的企業概念に基づく企業法学（総論）の体系―西原試案を参考にして―
- 六 むすび

一 はじめに

一 ナポレオン政権時代のフランスにおいて、一八〇四年に民法典が、一八〇七年には商法典が制定され、私法（財産法）上の紛争を解決するための裁判規範を民法と商法の二つの法域に区分する、民商法二元主義のモデルが創り出された。その後、約一世紀を経てドイツ帝国が民法典と商法典を整備した。^{（二）}

そして、徳川時代に締結されていた不平等条約を改正するために、司法制度の近代化¹⁾西欧化を急務としていた明治政府が、フランスやドイツを参考にして民法典や商法典などの重要な法律を制定して行つたことは周知のとおりである。

私法・公法の二元主義や民法・商法の二元主義は、法の体系づけとして形式的には整理されているように見えるが、私法と公法、民法と商法を明確に区分することは難かしい。

したがって、大陸法系の国においては、裁判規範としての私法を民法典と商法典に分けて制定する必要があるのか、両法典を統一した方が利点が多いのではないかという立法政策上の疑問や提案(民商二法統一論²⁾)が出されたり、スイスやイタリアのように、この考えを部分的に実行に移した国もある³⁾。

また、民法とは別に、「なぜ」商法が必要とされているのか、商法は民法に対して自主性・独自性を有しているのか、民法と商法を区別する基準は何なのかといった、理論上の問題が議論されたこともあった。

因に、本稿では「私法と公法」という表現をしているが、一般には「公法と私法」という並べ方がなされている。しかし、「公法と私法」という並べ方は、市民社会よりも国家を優先させ上位に置く後進国的な発想だと考える。

というのは、近代市民社会の理念型からすれば、国家は市民社会の自治能力の欠ける部分を補うことによって市民社会を秩序づけ、市民社会の秩序を維持するために創られたものであり、国家の組織や権限について定める公法規範は市民社会に自生する社会規範や、この社会規範を補充したり修正するために制定された裁判規範としての私法規範の考え方をモデルにしなければならないのである。つまり、国家規範の制定の順序ではなく、内容の面から見た論理的な先後関係では私法の方が公法に優先しており、公法は私法を実現するために存在しているからである⁴⁾。

注(一) 近代商法典の立法史について簡潔に纏めた文献として、田中耕太郎・改正商法総則概論(改正一四版)[有斐閣・一九三八年]

一五七頁以下、西原寛一・日本商法論第一卷(改訂版)〔日本評論社・一九五〇年〕二二二頁以下、同・商法学(第二版)〔岩波書店・一九六五年〕一〇頁以下、同・商法Ⅰ 商法学序説 企業形成法〔日本評論社・一九七一年〕八九頁以下、田中誠二・全訂商法総則詳論〔勁草書房・一九七六年〕三四頁以下、大隅健一郎・商法総則〔新版〕〔有斐閣・一九七八年〕八頁以下、服部栄三・商法総則〔第三版〕〔青林書院・一九八三年〕九一頁以下。

なお、商法が商人主義・商行為主義・商人主義と変遷した背後にある経済的・政治的事情を分析した文献として、服部栄三「商人主義・商行為主義とドイツ旧商法」〔鈴木禄彌・五十嵐 清・村上淳一編・概観ドイツ法〔東京大学出版会・一九七一年〕一九頁以下、岩崎 稜「商法とは何か」法学セミナー三一五号(一九八一年)一二八頁以下、同「現代にとって商法とは何か」戦後日本商法学史所感〔新青出版・一九九六年〕四二頁以下、初出・現代法ジャーナル創刊号(一九七二年)二二二号(一九七二年)、同「商法の適用範囲と商人概念」前掲書九三頁以下(初出・竹内昭夫・龍田 節編・現代企業法講座 第一卷〔東京大学出版会・一九八四年〕)。

(二) 民商二法統一論の簡潔な紹介として、西原・注(一)「商法論四〇頁以下、同・注(一)「商法学二三頁以下、同・注(一)「商法Ⅰ一八頁以下、田中誠・注(一)「詳論一一〇頁以下。

わが国における統一論として、松本恭治「民商二法統一論」〔商法解釈の諸問題〕〔有斐閣・一九五五年〕三頁以下(初出・法学志林一二卷一号・四号(一九一〇年)、勝本正晃「商法典廃止論」民法の商化」〔民法雑誌三九卷四・五・六合併号(一九五九年)四一九頁以下)。

(三) スイス法・イタリア法の簡潔な紹介として、西原・注(一)「商法論一二六頁以下・二三五頁以下、服部・注(一)「総則九五頁以下、岩崎・注(一)「商法の適用範囲」九〇頁以下、勝本・注(一)「四二七頁以下。

(四) 私見に近い考え方として、星野英一・民法のすすめ〔岩波書店・一九九八年〕九頁以下・七六頁以下・一三八頁以下、同「民法の意義」〔民法典からの出発〕〔民法論集第四卷〕〔有斐閣・一九七八年〕八頁以下(初出・我妻 栄先生追悼論文集 民法学の新たな展開〔有斐閣・一九七四年〕、同「民法とはなにか」一、二のアップローチ」〔民法論集第七卷〕〔有斐閣・一九八九年〕六三頁以下・六七頁(初出・北海道大学法学部二〇周年記念論文集 法学・政治学の動向〔北海道大学図書刊行会・一九八六年〕)。

二 今日では民商二法統一論は影を潜めたが、わが国の民商二法統一論は実質的意義における商法を否定するものではなく、民法典と商法典との形式的な並存を批判し、この状態を解消しようという提案であった。^(五)

つまり、会社法や運送法・倉庫法・保険法・海商法について商法典の中に、その一部分として規定するのではなく、手形法や小切手法のように独立の法典にした方がよいのではないかとする点では、民商法二元論を採る立場の人達と見解を一にしていたのである。^(六) 会社法については、「会社法制の現代化」という目標の下に、平成一七年に単行法が制定される予定であるが、^(七) 民商二法統一論者といえども、このような方策を採ることに反対をしていたわけではない。

他方、「民法に対する商法の自主性・独自性」、あるいは「実質的意義における商法の存在」という理論上の問題について、わが国では商的色彩論が一時代を画したこともあるが、今日では商法を企業に特有な法とか、企業に関する特別私法と解し、私法の一般法である民法に対して相対的な独自性を説くのが通説というか、定説になっていると評されている。^(八)

商的色彩の有無によつて民法と商法を区別し、商法^(九)企業法論を批判される田中耕太郎博士でさえも、現代の商法の趨勢は商行為に関する法より商人法・企業法に推移する方向に進んでいるとされ、^(一〇) 商法は企業の法 *das Recht der Unternehmung* となつたことは認められている。

だとすれば、商的色彩論と商法^(一)企業法論は、田中耕太郎博士や西原博士が主張されているように全く相容れない学説ではなく、大隅博士や鈴木博士が説かれているように、同一線上にある学説ではないかという感じを与える(第六章二節以下参照)。

注(五) 松本・注(二)一三頁、勝本・注(二)四二〇頁・四四七頁。

(六) 西原・注(一)商法論四五頁以下、田中耕太郎・注(一)詳論一一五頁、田中耕太郎「民法の商化」と商法の自主性―現代に於ける商法発達の基調―商法学一般理論(春秋社・一九五四年)一七二頁以下(初出・法学協会五十周年記念論文集第二部)一九三三

- 年)、石井照久・新版商法総則[弘文堂・一九六六年]三頁、鈴木竹雄「商人概念の再検討」[商法研究第一卷]有斐閣・一九八一年「一〇一頁(初出・法学協会雑誌五七卷一・二頁)「一九三九年」、弥永真生「商的色彩論の現代的意義」[法律時報七一巻七号(一九九九年)四一頁。なお、竹内昭夫「企業法の地位と構成」前掲・注(一)現代企業法講座第一巻二五頁以下・四二頁以下。
- (七) 法制審議会会社法(現代化関係)部会が平成一五年一〇月二日に公表した「会社法制の現代化に関する要綱試案」については、商事法務一六七七号(二〇〇三年)一〇頁以下、法務省民事局参事官室による「補足説明」については、商事法務一六七七号(二〇〇三年)三六頁以下。

さらに、平成一六年一二月八日に右部会は「会社法制の現代化に関する要綱案」を決定している。本要綱案については商事法務一七一七号(二〇〇四年)一〇頁以下参照。

- (八) 岩崎・注(一)法セミ三一五号二二八頁、同・注(一)「現代にとつて」三八頁・五一頁、同・注(二)「商法の適用範囲」五五頁・六一頁、竹内昭夫「企業法の実態と課題」[会社法の理論Ⅰ「有斐閣・一九八四年」三頁(初出・現代法(9)岩波書店・一九六六年)、鴻常夫・商法総則・全訂第四版[弘文堂・一九八八年]五頁、大山俊彦「商人概念か企業概念か」高窪利一先生還暦記念「現代企業法の理論と実務」[経済法令研究会・一九九三年]二頁、山手正史「西原寛一の商法学」商法「企業法論の一般化のは非」[岩崎 稜先生追悼論文集「昭和商法学史」日本評論社・一九九六年]二三頁。

- (九) 田中耕太郎「法律体系における商法の地位」前掲・注(六)商法学一般理論一一三頁(初出・法学志林二九巻二号「一九二五年」)。

- (一〇) 田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」前掲・注(六)商法学一般理論二六七頁(初出・法学協会雑誌四三巻七号「一九二五年」)。

三 前節で述べたような私の感覚的な捉え方が妥当であるとするならば、「商法の自主性・独自性」に関する学説の対立は止揚されており、問題は解決されていることになる。したがって、今さら、この問題を取り上げる必要はないようにも思われる。

しかし、冷静に考えてみると、「なぜ」「何のために」商法の自主性や独自性を問題にし、実質的意義における商法の存否を問うのであろうか。このような問題を考察することに、どのような意味があるのであろうか、という疑問

が生じる。^(二二)

民法に対する商法の自主性や独自性という問題を考察する前提として、商法学者は民法を、どのような法と解しているであろうか。民法学者でさえ「民法とは何か」を論じることが困難な仕事であるとか、^(二三)「実質的意義における民法」という概念の具体的外延はかならずしも明確であるとはいいがたい^(二四)とされている。だとすれば、この問題は、商法学者にとっては一層、困難な問題なのではあるまいか。

また、商法を商的色彩を帯びた法律関係に関する法だとか、企業に特有な法・企業に関する特別法と説明するにしても、それは実用法学、即ち裁判のための法学・立法のための法学として主張されているのであろうか。それとも、認識のための理論法学・実定法の哲学として論じているのであろうか。実用法学として説くのであれば、もつと違った説明の仕方があるし、もつと適切な説明の仕方をしなければならないのではあるまいか。

さらに、商法を企業法と説く学説の企業概念は、経済学からの借り物にすぎず、法学に固有の企業概念を形成していないが、果して、それで良いのであろうか。つまり、経済学からの借り物の企業概念を用いることで、商法上の諸制度・諸概念を説明することに成功しているのであろうか。商法を企業法と説くことによって、それ以前の商法学説に比べ、何が明らかになったのであろうか。

注(二一) 同旨、弥永・注(六)四一頁、谷川 久「民法と商法」法学セミナー九四号(一九六四年)三頁。「実質的意義における民法」に關して同旨、幾代 通・民法総則[第二版]「青林書院・一九八四年」六頁。

(二二) 星野・注(四)論集(七)四七頁、四宮和夫「能見善久・民法総則」第六版「青林書院・二〇〇二年」二頁、大村敦志「民法と民法典を考ふる」法典・教育・民法学「有斐閣・一九九九年」五頁以下(初出・民法研究第一巻「信山社・一九九六年」)。

(二三) 幾代・注(一一)六頁。

四 商法「企業法論はわが国の定説になっていると評されているにも拘わらず、その企業概念は経済学からの借り物に止まり、法律学の観点からの企業概念を創り出していない。

そのために、商的色彩論からは、商法を企業法というのは単に自明の事実の一面を指摘しただけで、方法論的意義は全然見出され得ない。つまり、商法「企業法論は一種のタウトロギーであり、商法論や会社法論に資本主義の企業の発達に関する経済史的説明を装飾的序論として付加するに止まり、問題の一步進んだ解決にはなっていない。したがって、会社法学は別として、商法学上 nichssagend であるとか、従来の「営業」という用語を「企業」に代えただけであって、何等の理論的發展を示していない、と評されていた。^(二五)

最近においても、商法「企業法論における企業の定義がきわめて漠然としていることが、商法は独立の法システムであることを不明確にすることに繋がっていると批判されている。^(二六)

また、「商法学一般理論としての企業法論は通説化したが、その実はほとんど企業法論への lip service にすぎず、ほとんどの研究者はジステマティークを捨てて、各自の守備範囲を限定した矮小なプロブレマティークに専念している」という指摘もある。この指摘は、商法学の現状についての射た分析といえる。^(二七)

したがって、最近では、西原博士流の企業法論はドイツ商法学の呪縛を受けた戦前の遺物にすぎず、もはや通説ではない、とさえいわれるようになっていいる。^(二八)

挙句の果てに、商法「企業法論は商的色彩論と同様、思弁的・観念的・ドグマ的な議論に傾斜するが故に、生き生きとした知的関心を喚起する学問像になっておらず、「客観的・実証的分析を加えて、われわれの認識・知見を高めるという学問本来の性格がほとんど感じられない商法学となつていいる」とまで酷評されるようになっていいる。^(二九)

注(一四) 田中耕太郎「方法としての商的色彩」前掲、注(六)商法学一般理論七七頁以下(初出・竹田先生古稀記念論文集・商法の諸問

題〔有斐閣・一九五一年〕。なお、八七頁・九一頁。

(二五) 田中(剛)・注(一四)「方法」八三頁・八九頁。一部同旨、岩崎・注(一)「現代にとって」五二頁、古田龍夫「商法学における企業説について」福岡大学法学論叢一〇巻三号(一九六六年)一四五頁・一五六頁、同「商法学における企業説に対する批判」フランス法学との比較対照から」福法一五巻一号(一九七〇年)六一頁以下・六八頁以下(古田・企業の法律概念の研究〔法律文化社・一九八七年〕に収録)。

(二六) 落合誠一「大塚龍児」山下友信・商法―総則・商行為〔全訂〕〔有斐閣・二〇〇一年〕八頁〔落合〕。

(二七) 岩崎 稜「戦後日本商法学史所感」前掲・注(一)戦後日本商法学史所感七頁以下(初出・法律時報四一卷三号〔一九六九年〕。なお、岩崎・注(一)「現代にとって」三九頁。

(二八) 山下友信「鈴木竹雄博士と商法総則・商行為法」ジュリスト一一〇二号(一九九六年)四二頁。

(二九) 落合誠一「商法の意義」法学教室二八三号(二〇〇四年)四一頁。

五 商法「企業法論は前節で紹介した批判説がいうように、商的色彩論と同じように思弁的・観念的・ドグマ的な議論に傾斜するが故に、学問本来の性格を欠如するに至ったのであろうか。

第二章において紹介するように、商的色彩論は実質的意義の商法の総合的研究・真の商法学総論の樹立を目差したにも拘わらず、その前提となるべき商法上の諸制度・諸概念の分析的研究、つまり松本丞治博士や竹田 省博士が精力を注がれた研究を見直す作業に欠けるところがあり(例えば、手形などの有価証券を債権の物権化として証券の所有権や占有と関連づけて把握する作業や、設立中の会社を法人でない社團として分析する作業が欠けており)、認識としての法律学・商法の哲学に徹しきれていないために、所期の目的を達成できなかったのではあるまいか。

他方、商法「企業法論は法解釈学の体系を目差しているために、法解釈学に特有の中途半端な性格、つまり理論と(二二)も実用ともつかない、いずれにも徹しきれないという難点を有している。これに加えて、経済学の企業概念を借り(二二)たままで、法律学に固有な企業概念の構築をしていない。つまり、法律学の観点から企業の存在構造を分析する作

業をしていない。そのために、商法を企業法として説明する場合に、「企業」と「法」とが木に竹を接ぐことになり、「企業」が単なる飾り物として付加されているにすぎないことになっている。^(二二)

要するに、商的色彩論も商法¹企業法論も分析の方法を持たないが故に総合の方法も有しえないという共通の難点を有している。さらに、両説に共通するより根源的な難点として、一体、何のために商法の自主性・独自性を問題にし、実質的意義の商法の存否を問うているのかということが明確ではない、というところに問題があるように思われる。

注(二〇) この点については、拙著・所有権と占有権―物権法の基礎理論―〔成文堂・二〇〇三年〕二二二頁以下、同・社団法人(株式会社)

社)の法的構造―企業と団体の基礎法理Ⅱ―〔成文堂・二〇〇四年〕一三一頁以下。

(二一) 拙著・物権変動論の法理的検討〔九州大学出版会・一九九四年〕二二〇頁以下。

(二二) 同旨、岩崎・注(一)〔現代にとつて〕五二頁、田中(耕)・注(一四)〔方法〕七八頁。

六 「商法の自主性・独自性」とか「実質的意義における商法の存否」というテーマで研究を行う目標としては、(1)実定法の哲学・認識としての法律学・理論法学の体系を作るため、(2)裁判や立法の際に役立つ実用法学の体系を作るため、(3)体系的な法学教育を行うためということが考えられよう。

とはいえ、それぞれの目標を達成するためには、商法に自主性や独自性があることや、形式的意義における商法とは別に実質的意義における商法が存在していることが、不可欠な前提になるのであろうか。商的色彩論にしろ、商法¹企業法論にしろ、この点の検討が先ず必要なのであるまいか。

星野博士は「実質的意義における民法」とは何かを問題にする場合に、民法典そのものの内在的な説明、民法典内

の個々の制度・規定の検討を十分に行っていないかという反省に基づいて、「実質的意義における民法」とは何かを検討するための一つの準備作業として、民法典そのものの内容について検討することが有益であろうとされている。^(二二)

これは、前節で述べた分析的研究からやり直すことの提案に通じるが、商法学においても同じような検討が必要である。

さらに、英米法系においては民法と商法という分け方をしていないのに、「なぜ」大陸法系では私法の裁判規範を民法と商法とに分けているのかということを考慮しないまま、民法と商法とに分かれていることを当然のこととして、従来の商法学者は「商法の自主性・独自性」という問題を設定しているのではあるまいか。^(二四)

英米法と大陸法は、それぞれの歴史的背景を有しており、それぞれの事情に適した選択を行ったにすぎないという前提に立つならば、前記のいずれの目標を追うにせよ、わが国では私法に関する裁判規範は民法典と商法典とに分かれているという事実から出発した上で、民法と商法は区別されているだけでなく、関連性を有しているということも重視しなければならない。

ということは、いずれの目標を追うにせよ、商法を独自に研究するのではなく、民法と商法を区別・連関づけて、私法として一体化された規範のうちの一部分に位置づけて考察しなければならないということになる。

注(二三) 星野・注(四)論集(4)五頁。なお、星野・注(四)論集(7)五一頁以下。

(二四) 同旨、岩崎・注(二)「現代にとって」四五頁以下・四九頁(なお、四一頁)、同・注(二)「商法の適用範囲」九三頁。

七 今から三四年前に佐賀大学に赴任して、本誌に初めて掲載して頂いた論文^(二五)において、私は次のようなことを述

べた。

即ち、(1)私法規範を民法と商法とに分けて規定するやり方は、一定の歴史的背景と政策に基づいた、大陸法系に独特のシステムであり、論理必然的なシステムではないし、普遍的なシステムでもないこと、(2)だとすれば、商法の自主性・独自性を追求したところで、資本主義経済との関連性を把握した理論を形成することは出来ないし、商的色彩論も商法=企業法論も商法の自主性・独自性を問う問題意識が明確でないこと、(3)民法は「商品の法」、商法は「資本の法」とする説があるが、民法は「資本の法」でもあるし、商法は「商品の法」(商品という姿をとった資本の法)でもあるから、民法と商法を別々に研究するのではなく、両法を資本主義私法として一元的に研究する必要があること、(4)この考え方を押し進めて行けば、私法と公法・社会法・経済法を資本主義法として一体化した研究が必要であるという趣旨の論文を書いた。

「若気の至り」による「恐いもの知らず」で大言壮語したものの、このような作業を、どのようにして行えばよいのか、その方法論を見出すまでに、およそ一〇年の歳月を要した。

暗中模索・試行錯誤している中で、経営学の個別資本説を参考にして、「企業」の法的構造を分析する作業を行つた(二八)際に、私なりの方法論を見出すことが出来た。

この方法論、即ち法現象を本質―実体―現象形態の三つの次元に区別した上で、これを連関づけることにより、その法現象の全体像を掴まえようという方法を、その後の研究に一貫して用い、ほんの僅かではあるが、民法と商法を一体的に把握することや、私法の研究を基礎にして経済法や憲法の分野にも少しは手を延ばすことが出来た。(二九)

私が掲げた当初の研究目標からすれば、道半ばにして、残された課題は山のようにあり、「日暮れて道遠し」といった状況である。

私が目差した研究が未完成の状態で定年を迎えなければならないのは誠に残念なことではあるが、残りの部分は

余生の宿題と考えれば、氣を楽にすることが出来る。

そこで、本稿は今後の作業の参考にするという意味を込めて、定年間際の現役最後の仕事として、本誌に最初に掲載させて頂いた論文で取扱った商的色彩論や商法・企業法論を、私の現在の到達点から捉え直して見ようとするものである。

注(二五) 拙稿「民商法二元論と資本主義私法」約款法規論を手懸りに「佐賀大学経済論集四卷一号(一九七一年)三五頁以下。

(二六) 同旨、富山康吉「現代商法学の課題と方法」現代商法学の課題「成文堂・一九七五年」一頁以下(初出・ジュリスト増刊・基礎法学シリーズII「一九七〇年」)。一部同旨、幾代・注(一)六頁以下、川島武宜・民法総則「有斐閣・一九六五年」一二頁以下。

なお、民法も商法も「商品の法」であり、「資本の法」「企業の法」であるとする見解として、富山・前掲六頁、三藤 正・商人「日本評論社・一九五〇年」五五頁以下・六〇頁以下。

(二七) 結果同旨、星野・注(四)論集(4)二九頁以下。

(二八) 拙稿「法学から見た『企業』の内部構造——株式会社の法的構造(二)——」佐賀大学経済論集一二巻三号(一九八〇年)一頁以下。

(二九) これらの業績については、本誌巻末の私の業績目録を参照されたい。

二 商的色彩論と商法・企業法論

一 民法学の分野においても「民法とは、どのような法か」とか、「民法学とは、どのような学問か」といったテーマについて説明したり、民法と商法の関係を私法の一般法ないし原則法と特別法として説明することは一般的に行われている。^(三〇)しかし、「商法に対する民法の自主性・独自性」とか「実質的意義の商法に対する実質的意義の民法」の存在について問題にすることはない。

これは、「民法がだんだん商化するとけつきよく商法が一般私法になって民法がかえってとうてい商人になりきれない一般普通人のための特別私法になるのではあるまいか」とされる末弘博士のような予測を別にとすると、民法が私法の一般法・基礎法であることは殆どの私法学者が認めるところであり、前記のような問いかけをすることによって、民法の存在位置を確認する必要があるからであろう。

つまり、星野博士が述べておられるように「商法学者による商法の独自性の主張とそれをめぐる論争の激しさと細かさ、労働法の独自性についての労働法学者による議論の豊かさ」と比べると、民法学はこの点に関する限り無風地帯であったことに今更驚かざるを得ない。いわば金持喧嘩せずであったのだらう」ということである。

これに対して、商法学の方では「なぜ」民法学を意識して、商法学の対象とするべき「実質的意義における商法」の存在を問題にしたり、「民法学に対する商法学の独自性」の存在を問題にするのであろうか。

商法学者が、このような問題意識を持つに至ったのは、わが国に固有の現象ではなく、明治維新後のわが国の司法制度、即ち立法や司法のみならず法学研究や法学教育を含めた法制度全般に互り模範として来たドイツにおける商法学者の問題意識に触発されたものである。そして、その背後にはドイツにおける民法典と商法典の編纂や私法の歴史が控えていることは、商法総則の教科書で既に紹介されているところである。

注(三〇) 四宮能見・注(一二)五頁以下、川島・注(二六)一三頁、我妻 栄・新訂民法総則〔岩波書店・一九六五年〕一頁以下、四宮和夫・民法総則(第四版補正版)〔弘文堂・一九九六年〕二頁以下。

なお、民法に関する、このような説明に対する疑問として、星野・注(四)論集(七)五〇頁以下。

(三一) 末弘徹太郎「民法の商化と民法の将来」民法雑誌帳上巻〔日本評論新社・一九六三年〕六頁。

(三二) 星野・注(四)論集(4)二六頁。

(三三) 前掲・注(一)参照。

二 家族法(親族法・相続法)を別にすれば、民法典も商法典も誰が権利・義務の主体になるのかという問題や、形式的には対等な当事者間における財産の帰属や移転に伴う紛争を裁判所において解決する際の規準として制定されたものであり、私法関係の紛争を処理する裁判規範としては同質のものである。

にも拘わらず、ドイツ民法典はローマ法を参考にして築き上げられたドイツ普通法(学)を基礎にして、相当に詳細かつ緻密な規定を設けている。のみならず、パンデクテン・ジュステームとして知られているように、可成り整理された体系的配列をしている。

これに対して、商法典は人的会社に関する規定のように可成り詳しい規定を設けて、一応の体系を成している部分を有するものの、商行為法のように民法の規定を前提にしており、民法によつて補充しなければ隙間のない体系的な説明をなしえない構造になっている。また、商法総則の部分は一定のまとまりを有しているとはいえ、民法総則の詳細さに比べると、その違いは歴然としている。

民法典と商法典との間で、「なぜ」このような違いが生じているのかということについても、既に商法総則の教科書で説明されているように、^(三四)一八六一年のドイツ旧商法典(ドイツ普通商法典)の制定から一八九七年の新商法典の制定に至る事情に由来するものである。

つまり、ドイツでは帝国統一前の段階において、商取引に関するルールを統一する試みがなされたが、公法にまで及ぶ詳細な規定を持ったドイツ普通商法典が制定された。その後、ローマ法(ドイツ普通法)やローマ法学(普通法学)を基礎にした詳細なドイツ民法典が制定され、前記の商法典と重複する部分が生じることになった。

そこで、この重複を避けて、すっきりとさせるために、民法典に委ねた部分は商法典から削除することにした。また、公法・私法二元主義に基づく近代法体系を整えるべく、普通商法典に含まれていた行政法規の部分も削除されることになった。

このようにして出来上ったのがドイツ新商法典であるが、詳細な規定を誇った旧商法典は櫛の歯が欠けたようになり、民法典が積み残した規定の寄せ集め、いわば「断片の寄せ集め」の観を呈し、見るも無残な姿を晒すことになったのである。

さらに、経済社会の発展は、財貨の転換を媒介する固有の商や、問屋・仲立・取次・物品運送・倉庫・銀行・損害保険・海上保険といった補助商の枠を遙かに越えた、旅客運送や生命保険などの第三種の商を生み出した。そして、これらの取引をめぐる紛争処理も商法の対象とされるに至り、商法は「商」に関する法ではなくなっただけでなく、「断片の寄せ集め」の観を一層、増幅させることになった。

注(三四) 前掲・注(一)参照。

三 ローマ法の遺産を受け継いだ壮大な民法典に比べて、「断片の寄せ集め」の如き貧相な姿に身をやつした商法典を対象にして、その統一的な解釈を行い、体系化をしようとしても、その程度は知れたものであり、その試みには限界があつた。^(三五)

したがって、隆盛を極めていた民法学に比べて商法学は発展途上の法律学にすぎず、ドイツ普通法時代には一般私法学^(三六)民法学に従属しており、ドイツの大学において独立した商法講座は長い間、設置されることもなく、ドイツ私法論の一部として冷遇されていた。^(三七)

しかし、中世の商人法以来の歴史を有する商法を、ローマ法とは異質のルールとして研究対象として来たゲルマニステンにとって、ロマネシテンが研究対象とする民法とは別個の法規範として明確に位置づけることにより、商法講座を民法講座から分離し、商法学を民法学から独立させて、確固たる地位を築き上げ、商法学が学問としての

独自性を有することを堂々と主張し、これを公認させたいと考えるのは、当然の成り行きであった。

そのためには、商法学の対象となる「商法とは何か」ということ、即ち民法に対する商法の自主性・独自性や、断片的な規定の寄せ集めの観を呈する商法典とは異なり内容面での統一性を有する「実質的意義における商法」が存在することを、明らかにしなければならなかったわけである。^(三六)

つまり、「断片的な規定の寄せ集め」にすぎないような外観をもった商法典を研究対象とする商法学を、民法学の一部門のような地位に貶しめないで、「学」としての独自性・自主性を主張するためには、「断片の寄せ集め」を解説し解釈する従来の方法から脱皮して、商法典の根底にある本質的な要素を取り出した上で、統一的な理論体系を構築する必要があつた。

要するに、「断片の寄せ集め」の如き商法典は「形式的意義における商法」として位置づけ、これを参考にしながらも、それに拘束されることなく、民法学からは相対的に独立した商法学の対象となる「実質的意義における商法」を発見し、商法学の理論体系を構築しようとする試みが行われたのである。^(三七)

注(三五) 上柳克郎「商的色彩論について」『商事法論集』有斐閣・一九九九年「四〇頁以下(なお、四四頁)。同旨、正井章箴「商法とは何か」『ジュリスト』一五五号(一九九九年)六四頁・六六頁。

(三六) 田中耕太郎「商法解釈論」前掲・注(六)商法学一般理論二〇四頁・二三頁(初出・春木先生還暦祝賀論文集「一九三一年」)。なお、田中耕太郎「商法学の任務」前掲書九頁以下・一二頁以下・五七頁以下(初出・法学協会雑誌四二巻三号・五号「一九二四年」)。

(三七) 田中耕太郎・注(一)概論一四頁、同・注(三六)「任務」二八頁。

(三八) 岩崎・注(一)「現代にとって」五〇頁以下、富山・注(二六)五頁、田中耕太郎「商法の基本観念を定むる必要に就て」前掲・注

(六)商法学一般理論五頁(初出・法学新報三三巻一〇号「一九二二」)。

(三九) ドイツやわが国における、このような試みを概観した文献として、西原・注(一)「商法論七頁以下、同・注(一)「商法I四頁

以下、同「商法の対象に関する諸論(一)」(四・五)「民商法雜誌」二卷一頁以下・二卷一八頁以下・三卷二五頁以下・四号一〇頁以下(一九四八年)。

四 ドイツ商法典や商法学を参考にして来たわが国においても、商法を統一的な要素によって体系的に把握することは出来ないとする見解が、かつては支配的であった。

例えば、松本博士は、商法は商に関する法律であるが、商の法律上の意義を明確にすることは殆ど期待することは出来ず、法律の規定する所を以て商とするほかはなく、これに概括的な定義を下すことは不能にして、無用の業というべしとされていた^(四〇)。また、商法は特殊な私法とされる竹田博士も、わが商法典の解釈として商法を統一的に概念することは実は不能であるとされていた^(四一)。

とはいえ、松本博士は商法と民法との関連性を重要視していたし、竹田博士は法的論理構成を重視されており、実定商法の単なる解説に止まる業績ではなかった^(四二)。

このような情況において、田中(輔)博士は商法学が学として存在する前提要件として、民法に対する商法の独立存在・実質的商法の存在を論証し、商法全体に互る統一^(四三)的学的研究が必要であることを力説され、そのような研究に情熱を注がれた。

そして、田中(輔)博士は、商の意義を確定することは商法の觀念を定めるために直接には必要ではなく、先ず商の範圍を定めた上で商法の意義を定める態度は商法の意義を一般私法的法律概念の種類より定めんとするものであつて、その範圍限界は非理論的とならざるを得ないと批判された。したがつて、従来のような捉え方から発想を転換して、一般私法の法律事実と商法の法律事實は同質であるが、前者の法律事実の中で集団性および個性喪失という商的色彩を帯びたものが商法上の法律事実であり、民法と異なつた一種の色彩を持つている私法の部分が実質的意味での

商法であると考えた。^(四四)

要するに、田中(輔)博士は、この商的色彩論によって実質的に商法の規律する生活関係の特色を洞察し、商法の本質を明らかにして、法律体系中における商法の地位、とくに民法に対する地位を定めるといふ、統一的・総合的研究が可能となり、さらに商法総則・会社・商行為・手形法・小切手法・海商法の各制度に沈潜した分析的研究の成果を体系化することも可能になると考えられていた。^(四五)

注(四〇) 松本蒸治・商法総論訂正七版[中央大学・一九二五年]一頁以下。なお、一〇頁以下。

(四一) 竹田 省・商法総則[弘文堂・一九三二年]一頁。

(四二) 松本博士・竹田博士の学風の特色については、菅原菊志「わが国企業制度の発達と商法・学説の変遷」[法学五四巻四号(一九〇年)二〇頁以下]。

(四三) 田中(輔)注(三八)「基本概念」一頁以下。

(四四) 田中(輔)注(一)概論七頁・三四頁以下・四三頁以下・七〇頁以下、同・注(三六)「任務」四三頁以下、同「技術的法としての商法」[前掲・注(六)商法学一般理論二七九頁以下・三一五頁以下(初出「法學志林」二八巻三号「一九二六年」)]。

なお、初期の田中説には商的色彩の中で最も基本的なものとして「営利的性質」が掲げられていたが、その後、これが商的色彩から排除されて行ったことにつき、上柳・注(三五)六頁以下。

(四五) 田中(輔)注(一)概論一三頁以下、同・注(三六)「任務」五九頁以下。

五 田中(輔)博士が実質的意義の商法、即ち私商法を対象にして商法の規定する各種の制度および規定の間に体系的な牽連を見出し、断片的に見える商法が内面的統一を有することを把握し、商法全体の総合的認識をしようと試みられたのは、狭義の商法総則とは異なる商法の一般原理を闡明する真の意味での商法総論を樹立するためであった。^(四六)「したがって、博士の研究は「実生活に有用なこと」を直接の目的とするものではなく、「法律学も科学たる以上は認

識自身が目的」であるという前提の下に、民法学から独立して存在する商法学の研究は商的色彩の研究を目的としており、商法学の研究は商的色彩を発見することに意を用いるべきだということになる。^(四七)

尤も、田中(輔)博士は商法学の確立が商法の解釈には必要であり、商法の特異性が存在するならば商法解釈に関しても特異性があるから、各法律実在の特異性の洞察こそ法の目的論的解釈の鍵でなければならないとして、理論と実用との関連性を認められている。^(四八)

つまり、商法解釈論は商的色彩論の直接の適用にほかならないとされている。^(五二)しかし、これでは理論と実用を区別しなくても良いのかという疑問、さらには商的色彩論は理論法学なのか実用法学なのかという疑問が生じる。

注(四六) 田中(輔)・注(一)概論・序二頁以下・一三頁以下、同・注(三六)「任務」二九頁以下、同・注(三八)「基本概念」四頁・六頁。

(四七) 田中(輔)・注(一)概論二二頁。なお、田中(輔)・注(三六)「任務」二〇頁・三〇頁(註一)。

(四八) 田中(輔)・注(一)概論二〇頁。

(四九) 田中(輔)・注(一)概論二七頁。

(五〇) 田中(輔)・注(三六)「解釈論」二〇四頁・二二三頁。

(五一) 田中(輔)・注(一四)「方法」九一頁。なお、九九頁。

六 それは扱措き、「法律学も科学である」といえるか否かは、「科学」をどのように考えるのか、つまり、「科学」という概念次第であるが、法律事実が帯びる色彩の違いを知覚したとしても、これは感覚レベルでの認識に止まり、未だ理論に昇華しえておらず、^(五二)「科学」の域に達していないのではあるまいか。

新山教授は「田中耕氏の理論は、一見するところ直感的感覚的にみえてはいるが、結構実は立法や実態の在りようを幅広く視野に入れ、それらの綿密な分析の上に構築された理論である面をも、合わせ持っているのかもしれない

という気も大いにしてくる」と評されている。^(五三)しかし、「商的色彩論は、直観的なイメージを語るものとしては魅力的であるが、その内容を的確にとらえることは必ずしも容易ではない」とされる上柳博士の評価の方が妥当なように思われる。^(五四)

田中(耕)博士は従来の学説が商法の特質として列挙しているものの間に何らかの牽連を見出し、それを投機売買より演繹できる商的色彩と称し、この色彩が組織法と行為法において異なった現われ方をすることを指摘された。^(五五)

しかし、それだけでは未だ民法に対する商法の独自性を表面的に私の方法論にいうところの現象・形態の次元において把握したに止まり、その奥にある実体や本質にまで迫っているとはいえない。^(五六)

田中(耕)博士が指摘されているような民法と商法の違い、即ち民法の一般取引法が私人間の法律関係の一般的準則として無色であるのに対して、商法は商的色彩を帯びた私人間の法律関係を規定するという違いを直感的に捉え、感覚的に表現するに止まらず、そのような違いが「なぜ」発生するのか、「どのような」取引関係・経済活動を基盤にして発生するのか、しかも、それが偶然のことではなく、必然的な現象として表われなければならない根拠についてまで究明してこそ、客観的な分析も深まり、^(五七)民法と商法を区別する「簡明な科学的標準」^(五八)が与えられるのではあるまいか。

民法に対する商法の特異性が発生して来る社会的・経済的な基盤を「企業」に求める立場、即ち商法リ企業法論からの、右のような商的色彩論批判に対して、田中(耕)博士は商法が民法に対する特別法として発生し、存在していることを述べるだけでは足らず、商法が特別法であることの根本的な理由に立ち至って究明しなければ、民法学に対する商法学の学として存在する理由、商法学の自主性、つまり、商法学の存在の基礎づけにはならないとされる。したがって、この根本的理由を単に経済的・歴史的な原因だけで説明し終えたとすることは出来ないものであつて、民法の一般私法上の生活関係と商法上のそれとの性質上の差異を明確にすることが肝要だと反論されている。^(五九)

このような反論の前提として、商的色彩論は民法が規制する対象と商法が規制する対象は同質の法律事実であり、両者の法律事実の違いは法律事実の態様・特性・性格・色彩の違いにすぎないとして、規制対象となる生活関係は民法と商法とで重なり合っていると解している。^(六二)

つまり、商的色彩論は民法の支配が非限定的で私法生活全部をカバーするものであること、民法はあらゆる私法上の法律事実の全部を自己の中に包含することを前提とした見解である。^(六三)したがって、商的色彩論にとつては民法と商法とで重なり合った部分を区別する基準を探究することが、商法学の自主性を確保するための大前提となり、核心的な課題となるわけである。

しかし、特定の権利主体への財産権の帰属や法形式上は対等な当事者間における財産権の移転をめぐる経済的生活関係に関して、民法と商法の規制対象が重なり合わない部分は存在していないのであろうか。

つまり、民法が固有に規制する経済的生活関係(企業的生活関係には見られない経済関係)や商法が固有に規制する経済的生活関係(企業ではない者の生活関係には見られない経済関係)は存在していないのであろうか。平成一三年に全面改正された自己株式制度(商二〇条以下)や、平成一一年の商法改正により導入された株式交換(商三五二条以下)・株式移転(商三六四条以下)、そして株式交換や株式移転によつて創出される持株会社は民法には見られない、商法に固有な生活関係なのではあるまいか。商的色彩論の出発点となる前提要件に関しては、このような根本的な疑問を禁じ得ない。^(六四)

右のような疑問に対して、田中(勲)博士は「もし商法の中に民法の一般概念やその原則とは全く無関係な、商法の創造にかかる独立の制度や規定が存在するとするならば、上述の主張はその範囲において、仮令部分的であるにしても成り立たない」から、博士の「方法論を徹底せしめようとするならば」、「仮令それ等が伝統的に商法の一部を構成してきたものであつても、それ等を商法の範囲外に追放し、以て商法学の方法論の一貫性、純粋性を維持しなければならぬことになる」とされる。^(六五)

法現象を認識の対象とし客観的な観察をした上で検証可能な理論を作ることが目的であるならば、右のような場合には、現象を把握できるように方法論の方を修正するのが本筋である。にも拘わらず、田中(輔)博士が述べていることは、方法論の方を基準にして認識の対象を規定するということであり、博士の学問の恣意性や「象牙の塔」の悪しき側面が遺憾なく吐露されている。

しかし、これでは商的色彩論によって商法学は「科学」となりうるのか疑わしいだけでなく、商的色彩論は果たして真理を探究する学問なのかということさえ疑わしくなってくる。

注(五二) 法解釈学の著書・論文には、感覚レベルでの認識に止まり、理論にまで昇華していないものが多いが、この点について

は、拙著・注(二〇)所有権二〇二頁注(193)、同・注(二〇)社団法人一六〇頁注(八七)、同・注(二二)物権変動論四八頁。なお、拙著・注(二〇)所有権・序「所有権の法理論」を目差して。

(五三) 新山雄三「田中耕太郎の商法学―商的色彩論の歴史的 성격」前掲・注(八)岩崎追悼一一四頁。

(五四) 上柳・注(三五)二二頁。

(五五) 田中(輔)・注(一)概論四三頁以下、同・注(一〇)「組織法」三三四頁以下。

(五六) 同旨、西原・注(一)商法論一四頁、同・注(三九)民商二二卷四号一六頁[なお、西原博士は田中(輔)博士が参考にされたドイツのヘック説に対しても「平面的」と評されている。商法論九頁、民商二二卷二号三三頁。Vgl. Wieland, Handelsrecht, Bd. 1, 1921, S.142]。同「企業法論の任務と方法―商的色彩論と対比して」商事法研究第三卷「有斐閣・一九六八年」二五頁[初出・民商法雑誌三九卷四「五」六合併号「一九五九年」、大隅・注(一)三一頁・三二頁、石井・注(六)五頁、竹田・注(四)一一〇頁、長谷川雄一「商法の対象への一考察」愛知大学法経論集四五号(一九六四年)四頁。

これに対して、三藤・注(二六)六五頁は、商的色彩論は「平面的どころか、極めて立体的、統一的に商法の性格を把握しよう」とされたもの」と評される。

(五七) 田中(輔)・注(一)概論七頁。

(五八) 西原・注(一)商法論一三頁、同・注(三九)民商二二卷四号一五頁、同・注(五六)「企業法論」二〇頁以下。

(五九) 山尾時三「商」について—商的事象の法学的認識の指導概念としての商—「手形研究」岩波書店、一九三五年「二二九頁」(なお、二五二頁・二六二頁(初出・法学協会雑誌四二巻四号・六号「一九二四年」)。

(六〇) 田中(輔)博士の初期の商的色彩論においては「営利的性質」が最も基本的なものとされていたことについては、上柳・注(四四)参照。

(六一) 田中(輔)・注(二四)「方法」七〇頁以下。

なお、新山・注(五三)一一七頁注(9)は「この田中耕氏の主張こそ、その理論的先見性を示すきわめて優れた部分であって、いわば田中耕氏の商法学方法論の中核をなす部分であるように思われる」として、高く評価されている。結果同旨、三藤・注(二六)六三頁。

(六二) 田中(輔)・注(一)概論七頁・一五頁・三五頁以下、同(三六)「任務」三三頁以下。

(六三) 田中(輔)・注(一四)「方法」六七頁以下、同・注(四四)「技術的法」二八一頁。同旨・三藤・注(二六)六一頁、上柳・注(三五)一六頁。

(六四) 同旨、西原・注(一)商法論一四頁、同・注(一)商法一八頁以下、同・注(三九)民商二巻四号一五頁以下、同・注(五六)「企業法論」一四頁以下・二九頁以下、長谷川・注(五六)五頁。

反対、上柳・注(三五)一六頁以下・二六頁。上柳説については本章一七節において検討する。

(六五) 田中(輔)・注(二四)「方法」六八頁。

七 商法中の法律事実^{六六}は論理的には一般私法たる民法の何れかの概念に従属するとされる田中(輔)博士は、民商二法の支配は同一の法律事実に関して異なる方面において行われるところに、民商法の適用領域の違いを見出される。つまり、一般私法上の法律事実が商的色彩を帯びることにより商法の支配を受けることになる商事につき、商的色彩の方面に関しては商事特別法・商法典および商慣習法が適用され、一般私法上の法律事実たる方面においては民法が適用される^{六六}としている。

例えば、人の権利能力や法律行為能力のような基礎的法律事実の方面は民法に一任しており、民法と商法は異な

る平面において別々の支配を行うとされる。^(六七)

これに対して、同一平面において競合する場合、例えば商人間の売買は売買という点において民法の売買に関する一般的規定の適用があり、商人間の売買として商的色彩を帯びることにより商法の商事売買に関する規定の適用を受けており、民法と商法は原則法と例外法の関係にあるとされる。また、商人が営業のためにする行為は商行為と認められるが(商五〇三条、この場合の営業のためにする行為の実質は商法に規定するものではなく、民法上の行為であるが、それが商法の支配に服するのは商人の行為として商的色彩を被るからであるとされる。^(六八)

要するに、田中(輔)説では商的色彩を帯びた法的制度および規定といえども、その根本原則に関する限りは民法の支配に所属するのであり、商法は一般私法的関係の中、集団性および個性喪失が存在するものについて、その面に關してだけ規定し、商法学はその面だけを問題にすることになる。^(六九)

しかし、田中(輔)博士が目標とされる真の意味における商法総論を築く上で、商法学の対象をこのように限定しても大丈夫であろうか、という疑問を禁じ得ない。のみならず、田中(輔)博士のような考え方は、具体的な紛争を解決しなければならぬ裁判所に対して、まず商法を適用しなければならぬのか、それとも民法を適用するのかという問題につき、確たる基準を提供しうるのだろうかという疑問も生じる。

なお、西原博士は「商的色彩を有する事項について商的色彩の部分について」だけ商法および商慣習法が適用されるということは、「商法に規定のあるものは商的色彩を有する」ということになり、問をもつて問に答える結果にならないであろうかとされているが、^(七〇)同感である。

注(六六) 田中(輔)・注(一)概論三六頁以下・一九一頁・二〇〇頁・二〇四頁以下。

(六七) 田中(輔)・注(一)概論二〇四頁以下。

(六八) 田中(輔)・注(一)概論三六頁・二〇五頁。なお、田中(輔)・注(一四)「方法」六九頁・七一頁以下。

(六九) 田中(輔)・注(一四)「方法」七六頁。なお、七一頁以下。

(七〇) 西原・注(五六)「企業法論」二七頁注(二)。

八 以上、紹介・検討してきた田中(輔)説によれば、ある民事紛争が、その解決を求めて裁判所に持ち込まれた場合に、この紛争のうち商的色彩を帯びた部分については商法が適用され、商的色彩を帯びていない部分については民法が適用されることになる。

しかし、裁判所において「商事」事件を解決する際の規範の適用順序は、公序良俗(強行法規と市民道徳)に反していない限り、①契約や定款・規約などの自治規範を適用し、②このような自治規範が設けられていなかったり、設けられているが意味不明の場合には、取引社会に自生している商事慣習法によって解決し、③それも見当たらないときは、商事特別法や商法典の任意規定によって解決するが、④それも欠けている場合には、民事特別法や民法典の任意規定を用いて解決し(商一条・民九〇条・九一条・九二条)、⑤これも欠けているときは、^(七二)条理に基^(七三)づいて解決することになる。

右に述べた規範の適用順序の中、私見が②を③に優先させている点は、商法一条や法例二条に反している。

しかし、国家は市民社会の自治能力を補うために創られたものであり、国家が制定する規範(国家規範)は社会に自生する規範(社会規範)を追認し、補充し、あるいは修正するためのものであつて、国家規範の中の強行法規を除けば、社会規範の方が国家規範(任意法規)に優先する。

というよりは、社会規範が欠如していたり、意味不明であるために、裁判官が依拠すべき規準がないときのための補助手段として設けられているのが任意法規である。このような考えからすれば、商法一条や法例二条は明治国

家の官尊民卑思想が反映した規定であり、国家は強制権力を与えられているとはいえ、市民(社会)のためのサービス産業にすぎないことを無視した規定である。

そして、民法九一条の規定の仕方、当事者意思が任意法規に優先することを正面から規定するのではなく、結果的に当事者意思を任意法規に優先させているにすぎない。したがって、このような条文の定め方を鵜呑みにして、任意法規は強行法規とは異なり契約などの法律行為^(七四)社会規範によって変更したり、排斥される規定と解するので^(七五)は、自治規範・社会規範と国家規範との論理的な位置づけ、つまり区別・連関構造を見誤ることになる。

「商事」事件の解決につき、裁判所が適用すべき規範の順序が右に述べたとおりであるとすれば、商的色彩を帯びていない部分についても商法が適用される反面、商的色彩を帯びた部分についても民法が適用される場合があることになり、田中(輔)博士の説に依拠したのでは裁判規範としての民法と商法の区別は不可能ということになる。^(七六)

民法や商法を裁判規範、即ち裁判所が具体的な紛争を解決する際に依拠すべき規範と解する立場からすれば、民法と商法を区別する上で必要とされることは、民法よりも商法が優先して適用されるのは、どのような紛争なのかということが明確になっていることである。

そして、この点が明確になっているためには、民法よりも商法を優先的に適用すべき紛争か否かを区別する基準が存在していなければならない。実用法学の観点からは、「商的色彩」という概念が、この役割を果たしているのかということが問題になるはずである。

民法は商品交換関係を規律する法と解される舟橋博士は、一般に商品交換関係は多かれ少なかれ商的色彩を帯びるものといえるのであって、商的色彩は民法と商法を区別する標準として十分に適格だとはいい難い^(七七)とされる。とりわけ、民法が第一次的には裁判規範であることを重視される舟橋博士の立場からは、商的色彩論に満足することが出来ない^(七八)のは、当然のことである。

注(七二) 形式的に条文が欠けているというだけでなく、紛争の妥当な解決をするために類推適用すべき規定も欠けているという意味である。同旨、松本・注(四〇)八四頁、竹田・注(四一)二二頁。

(七二) 適用できそうな条文は存在しているが、それを適用したのでは妥当な解決に導きえない場合を含む。

(七三) 「商事」事件における裁判規範いわゆる法源)の適用順序については、蓮井良憲編・商法総則・商行為法〔法律文化社・一九七五年〕二五頁以下〔鷹巢信孝〕。

(七四) 川島・注(二六)二三三頁、我妻・注(三〇)二五三頁・二六二頁。

なお、川島武宜『平井宜雄編・新版注釈民法(3)〔有斐閣・二〇〇三年〕二九頁以下〔森田修〕。

(七五) 同旨、竹田・注(四一)一五頁。

(七六) 同旨、上柳・注(三五)二五頁・二七頁、西原・注(五六)「企業法論」二六頁〔なお、二七頁注(二)〕。

(七七) 舟橋諄一「民法と商法・社会法・手続法との関係」判例時報編集部編・民法基本問題150講Ⅰ・総則・物権〔一粒社・一九六六年〕九頁。一部同旨、岩崎・注(一)法セミ三一五号二八頁、西原・注(一)商法Ⅰ九頁、同・注(五六)「企業法論」一九頁以下・二五頁・二七頁注(二)。

(七八) 舟橋・注(七七)七頁・一二頁。

九 実用法学の立場からは、民法と商法の適用対象となる紛争の区別と、その基準や、裁判規範の適用順序が重要である。したがって、この立場からは、民法と商法が規律する生活関係の同質性よりも異質性の方が重視されることになるが、商法と商法学の自主性・独自性、実質的意義の商法を明確にするためには、この方面からのアプローチこそ必要である。というよりは、実用法学の観点から裁判規範としての商法と民法の使い分けを明確にするためには、このようなアプローチしかない。

しかし、田中耕博士の商的色彩論は民法と商法の区別ではなく、したがって民法と商法が規律する対象の区別ではなく、「民法学即ち一般私法学に対する商法学の学としての独自の存在を基礎づける」ことを目的としている。したがって、「一般私法上の法的事実の認識に当たって、我々が如何なる方面からその対象を問題とするか」という「民

法学と商法学との間の方法的差異」が重視されることになる。^(七九)

つまり、民法学が私法一般をカヴァーし、私法上の法的事実の全部を自己の中に包含するとされる田中(耕)説において、商法上の各個の制度や規定も民法に属するのであるが、これについて「民法学と別個の学が成立するためには、そこに別個の学問的方法が存在しなければならぬ。商法学がその存在の権利を獲得するためには、自己に固有な方法的根拠を必要とする」として、民法や商法が裁判規範であることは全く考慮されていない。

本章第六節において既に述べたように、民法と商法が規律する生活事実は同一であり、民法が私法一般をカヴァーしているとされる田中(耕)博士の前提自体が問題であるが、この点を措いて、田中(耕)説に即して考察しても、次のような疑問が生じる。

つまり、民法が規律するのと同じの法律事実について商的色彩を発見し、商的色彩について研究することが、商法学に固有の学問的方法といえるのであろうか、という疑問である。このような研究することによって、商法の本質が解明され、実質的意義における商法の統一・総合的研究が行われ、真の商法総論が構築されるのであろうか、という疑問である。もっと厳しい言い方をすれば、そのような色彩を探究する営みを「法律学」の「研究」と評価しうるのであろうか、という疑問である。

田中(耕)博士は民法学と商法学の分業は対象的なものではなく、方法的なものであり、根本的・一般的研究を行う民法学を前提とし、民法学の先行性を認めた上で、商法学は同一対象の特別の説明、特殊の性格を研究することを任務とする^(八〇)とされる。

そして、「民法と商法との限界は相対的であり、且つ流動的^(八一)である」とし、「商的色彩に依る民商二法の区別は画然たるものではなく、両者の限界は甚だ流動的たるを免れない^(八二)」、「すべての商法上の制度及び規定をその隅々に至るまですべて集団性と個性喪失を以て説明し得るものと主張するものではない。それは、単に商法上の生活関係が

有する一つの特色を指摘し、従来の商法学において欠けていた一点を補つたのに止まる^(八四)』とされる。

ここには、民法学とは明確に区別され、自主性・独自性を有する商法学の確立ではなく、民法学に依拠し、民法学を前提にした商法学の構築がかなしないことが自認されている。

このような考え方からすれば、田中(輔)博士の商法学は私法の特殊性のみを対象とすることになり、一般私法学である民法学を前提にした特殊私法学ということになるが、そのような特殊理論としての商法学総論を構築するためには、その前提として、一般私法理論としての私法学総論の構築が必要になる。

注(七九) 田中(輔)・注(一四)「方法」六六頁。

なお、上柳・注(三五)二四頁以下は、田中(輔)説には二つの異質の発想法が未整理のまま混在していることを指摘されている。

(八〇) 田中(輔)・注(一四)「方法」六七頁。

(八一) 田中(輔)・注(一四)「方法」七一頁以下。

(八二) 田中(輔)・注(一)概論三七頁。

(八三) 田中(輔)・注(一)概論七二頁。

(八四) 田中(輔)・注(一四)「方法」九八頁。

一〇 民法が規律する経済的生活関係と商法が規律している経済的生活関係に同質性があり、「民法の商化」^(八五)現象が絶えず発生する限り、民法と商法の限界は相対的で流動的であり続けるであろう。このように、民法と商法の限界が相対的であり、流動的であり続ける限り、一般私法理論も民法だけを対象として構築できるものではなく、民法と商法を含む私法を対象とするほかはない。

そして、星野博士が指摘されているように^(八六)、民法は私法の一般原則だけを規定しているわけではなく、特殊な規

定を含んでいる。例えば、民法三三条以下の規定は、公益法人・中間法人・営利法人のいずれにも妥当する一般原則のほかに、公益法人に特有の規定を含んでいる。したがって、公益法人をモデルにした従来の法人論は見直されるべきであり、営利法人や中間法人をも視野に入れ、さらには法人でない団体との区別・連関性をも考慮した法人論を構築する必要がある。^(八七)^(八八)

また、民法六六七条以下の組合に関する規定は、組合を個人法上の契約として構成しており、これに団体性を多少加味しているにすぎない。つまり、組合の対外関係のみならず、対内関係や解散に関する処理は、合名会社を法人とする日本商法はもとより、これを合手組合とするドイツ商法とも異なったものになっている。したがって、団体性を重視した組合の法理を形成するためには、民法だけを対象にするのでは不十分であり、商法をも対象にした総合的な研究が必要である。^(八九)

だとすれば、田中(輔)博士がいわれるように、^(九〇)「会社企業は決して民法の一般原則から独立しているものではない」ことは確かではあるが、「一般私法学は企業主体である会社に関してもやはり総論的の役割を演じている」とか、「民法の社團法人及び組合に関する諸制度諸規定が基礎的の点に関して妥当する」といえるのかは疑わしいことになる。

民法と商法の区別は歴史的偶然によるものであって、民法典と商法典とに分けて私法の裁判規範を創ったヨーロッパの一部の国で見られた現象にすぎず、論理必然的な出来ごとではないとする私見^(九一)はもとより、民法^(九二)と商法^(九三)の関連性を重視される田中(輔)博士の考え方からしても、商法を民法から切り離して固有の認識の対象にして、商法学総論の構築を目差す前に、民法と商法とを対象にして総合的な研究を行うことにより、私法学^(九三)総論の構築を目差すべきである。このような作業を行うことにより、法哲学の一分野としての実定法の哲学や私法哲学が構築されるであろう。

注(八五) この現象については、西原・注(一)商法論四八頁以下、同・注(一)商法一二四頁以下、田中耕太郎『民法の商化』と商法の自主性―現代に於ける商法発達の基調―(前掲・注(六)商法学一般理論一四九頁以下(初出・法学協会五〇周年記念論文集第二部[一九三三年])。)

(八六) 本章第一五節参照。

(八七) 同旨、能見善久『法人の法的意思の再検討』NBL七六七号(二〇〇三年)四五頁。

(八八) 従来の学説は「法人論から団体法論へ」と進むべきだとしているが、「団体法論から法人論へ」と進むのが論理展開の道筋である。この点については拙著・注(二〇)社團法人三七頁・四六頁、拙著・企業と団体の基礎法理(成文堂・一九八九年)二四〇頁注(4)。

(八九) 合手組合の団体性・権利主体性については、拙著・注(八八)企業と団体九頁以下・一七九頁以下・二四五頁以下・三六九頁以下、拙著・財産法における権利の構造―共有と合有―(成文堂・一九九六年)六頁以下・五五頁以下。

(九〇) 田中(輔)・注(一四)「方法」七九頁以下。

(九一) 第一章六節・七節参照。

(九二) 同旨、上柳・注(三五)四四頁・四六頁注(6)。なお、星野・注(四)論集(4)二九頁、谷川・注(一一)六頁以下、幾代・注(一一)六頁以下、川島・注(二六)一四頁、富山・注(二六)一頁以下、西原・注(五六)「企業法論」二六頁。

(九三) 尾高朝雄・改訂法哲学概論(学生社・一九五三年)三六七頁、尾高朝雄・久留都茂子・法学概論(第三版)(有斐閣・一九八四年)二九二頁。

一 一 実質的意義における民法と商法の違いは、それぞれの法律が対象としている法律事実の違いにあるのではなく、法律事実が商的色彩を帯びているか否かという性格の違いによるとされる田中(輔)説に対して、西原博士は、田中(輔)博士が商法の自主性の認識ならびに商法の性格の洞察の点において、偉大なる貢献をなしたことは認められるが、商法の対象の決定に当たり、法律事実の性格のみを標準とし、生活関係の実体に立入られない点を疑問とされ、次のような批判を加えられた。

つまり、「商的色彩」を以てするのは対象の外面的特徴の把握には完全であるが、その構造的・有機的關係にはなお十分に触れていない憾みがないではない。なぜならば、「商的色彩」という一個の統一した色彩が生じるのは、何に由来するのかということ考えると、生活關係自体の統一性が法律關係に反映した結果であるということになるのであるまいか。生活關係自体が法的性格を生ずる実体体ではないか。だとすれば、この生活關係自体を突きとめることは可能であるし、必要なことでもある、と西原博士は主張される。^{九四}

また、商法の対象を以て常に必ず民法の対象と、その素材を一にするものと断定することも、いささか困難である。物権・債権に関する事項の大部分は同一の素材に対して異なる立場より規制したものと見ても支障はないが、設備または人格に関する方面、例えば商業登記・商業帳簿・商号・会社等の如きにおいては、むしろ種類の異なる特殊の事項が存すると見るのが妥当であろうとされる。^{九五}

商業登記と不動産登記、商法三二条以下の商業帳簿と民法五一条一項が要求している財産目録、商号と氏名、会社(営利法人)と公益法人は、西原博士が主張されているように種類の異なるか、田中(勲)博士が説かれているように観念的に認められる一般的な概念の下で共通性を有しているか、それは、文字どおり観点の相異にすぎない。しかし、自己株式(商二〇条以下)や株式交換(商三五二条以下)・株式移転(商三六四条以下)、そして持株会社という制度は、株式会社であればこそその制度であつて、公益法人や中間法人にはなじみ得ないものであり、民法の対象と商法の対象とが素材を異にする典型的な事例といえる。だとすれば、本章第六節で紹介した田中(勲)博士の考え方からすれば、株式交換などは商法の範圍から排除すべきことになるが、これでは時代の変化に合わせた会社法の理論を創ることは放棄せざるを得ないことになる。

因に、田中(勲)博士は公益法人には合併という制度がないのに対して、会社については合併という特殊の制度が認められているのは、会社が公益法人に対して商的色彩を有することの理論的説明をする適切な事例とされている。^{九六}

しかし、既に西原博士が批判されているように、公益法人や中間法人にも合併制度は導入されており、合併は個人（自然人）には見られない団体に特有な制度ではあるが、営利法人に固有の制度ということは出来ない。

にも拘わらず田中（輔）博士のように会社の合併を商的色彩現象の適例とするのでは、民法と商法の対象のもつ性格の違いを見損うことになり、商的色彩論の妥当性を疑わせる致命傷になる。

このように、商的色彩という社会学的色彩の有無を基準にして民法と商法を区別することは、大雑把すぎるだけでなく、物事の表面（私の方法論という現象形態次元）を撫でるに止まっている。民法のほかに商法が必要とされる根拠は何なのか。これを認識するためには、西原博士が力説されているように、商法を必要とする生活関係の実体にまで立入った考察をしなければ説得的な理論にはなり得ない。

注（九四） 西原・注（一）商法論一三頁以下、同・注（一）商法一八頁、同・注（三九）民商二二卷四号一五頁以下、同・注（五六）「企業法論」一九頁以下。

（九五） 西原・注（一）商法論一四頁（なお、一八九頁）、同・注（一）商法一八頁以下、同・注（三九）民商二二卷四号一六頁、同・注（五六）「企業法論」二一頁以下。

この批判に対する田中（輔）博士の反論として、田中（輔）・注（一四）「方法」六九頁以下・七九頁以下・九一頁以下。

（九六） 田中（輔）・注（一四）「方法」九三頁。

（九七） 西原・注（一）商法一九頁以下、同・注（五六）「企業法論」四〇頁。

一二 それでは、商法に固有な制度や規定を必要とする生活関係や、民法と共通する規制対象でありながら、商法特有の修正を必要とする生活関係は、どこに見出されるのであろうか。

西原博士は法律上の「商」が経済学上の「商」から乖離し、拡大・発展して行つた歴史的変遷の根底に、「企業」という

営利を目的とした経済活動の主体を見出し、この「企業」こそは過去および現在における商法の中心対象であるとき^(九八)れる。

つまり、「企業」は如何にして成立し、如何なる設備を有し、如何にしてその目的を実現し、如何にしてその生命を終えるかという、企業生活に関する特異な法律秩序が商法の真実の対象として把握されるべきものであるとされる^(九九)。

かくして、西原博士によれば「企業に特有の生活関係を対象とする私法が、実質的意義の商法であり」、「これを現象的に見ると、静的には企業に特有な設備・構成、動的には企業に特有な活動に関し、またこれを時間的に見ると、企業の生成・発展及び消滅に関し、またこれを関係者の点から見ると、企業の構成及び経営に当る企業当事者のほか、企業と交渉を生ずる一般人に関する法」ということになる^(一〇〇)。

西原博士が指摘されたように、商法の規制対象とされる「商」や「商行為」概念が拡大し、「商人」概念が拡大して行った根底には、「企業」の発展と活動範囲の拡大がある。そして、博士が説かれているように、私法の一般法としての民法と特別法としての商法とでは、その対象とする「人」の型が別異であり^(一〇一)、生活意響が同一ではないし、契約や取引対象となる財産についても、民法が特定物の個別取引を主眼とするのに対して、商法は不特定物の集団取引を主眼としているという違いがある^(一〇二)。

この違いの背後には、「企業」が控えているというのが、西原博士の考えである。しかし、民法も「企業」の生活関係に適用される規範である。だとすれば、この違いの根拠を「企業」に帰するだけでは、正確ではあるまい。むしろ、右のような違いが生じるのは、民法が対象とする生活関係は「企業」の営利活動だけではなく、「人」の非営利的な経済活動をも対象としており、後者を主要な対象として規定は設けられている。これに対して、商法が対象にする生活関係の当事者は双方とも「企業」であるか、少なくとも一方が「企業」であり、営利的経済活動が前提とされている

という違いに由来すると考えるべきであろう。

したがって、純粹に理論的な認識の対象として「実質的意義の商法」を想定する試みであれば、西原博士のように商法を「企業に特有の生活關係を対象とする私法」^(一〇三)としたり、「企業に固有の生活關係の法」^(一〇四)とか、「企業の成立・活動及び消滅に関する独自の法」^(一〇五)と定義しても構わないであろう。しかし、裁判の場で法規範を適用して紛争を解決することを目標にする実用法学の立場からすれば、商法を右のように定義するのは狭すぎるように思われる。

注(九八) 西原・注(一)商法論一六頁・二三頁以下・二三頁以下、同・注(二)商法一一一頁、同・注(五六)「企業法論四頁。なお、企

業法論に与えられる石井博士は、商的色彩論が商法の特異性の生ずる根拠を投機売買に求めるのは、やはり「経済学上の商の概念に捉われている」とされる「石井・注(六)五頁」。

(九九) 西原・注(一)商法論二二頁。

(一〇〇) 西原・注(一)商法論二五頁。なお、西原寛一・商行為法「有斐閣・一九六〇年」一頁以下。

(一〇一) 同旨、三藤・注(二六)五頁・七頁・四七頁以下・六〇頁・六七頁以下・六九頁。

因に、三藤・注(二六)六六頁は、商的色彩論は、かかる色彩を生ずる出発点として企業を求めているとされる。これに対して、石井・注(六)五頁は、投機売買が反覆的・集团的に行われる方式をとるときに、企業として制度化するとされる。

(一〇二) 西原・注(一)商法論四三頁。

(一〇三) 西原・注(一)商法論二五頁。同旨、実方正雄・商法学総論(改訂版)「有斐閣・一九五二年」四頁・一六頁・四五頁以下。

(一〇四) 西原・注(一)商法論四三頁。なお、一八八頁。

(一〇五) 西原・注(一)商法論一七二頁。

一三 というのは、西原博士は法解釈学の立場から「商法の対象を明らかにすること」を第一の任務とされている。これは、商法が裁判規範として紛争解決の規準(法源)として適用されることを前提にして、これらの法規範の妥当な意味内容を確定し、法条相互間に矛盾が生じることのないように体系的に整理する作業である。^(一〇七)

企業に關係した紛争が裁判所に持込まれ、これを解決するために民法が適用される場合、それは「商法の法源」として適用される（商一一条の（一〇八）である。だとすれば、実用法学の観点から民法の適用をも念頭に入れて、「実質的意義の商法」を考えなければならないことになる。

つまり、裁判規範としての商法を「企業に特有の生活關係を対象とする私法」だとか、「企業に固有の生活關係の法」だとか、「企業に独自の法」というのは狭すぎて、適切ではない。せいぜい、「企業に関する紛争を裁判所において解決する際に適用される法」という程度に止めて、民法の一部分も企業法としての商法の法源に含まれるように定義づける必要がある。そして、このように解するならば、手形法・小切手法が企業法としての商法に入るか否かを議論する必要はないことになる（第五章二節参照）。

尤も、西原博士は民法も企業に関する法であることは認められており、「商法だけが企業に関する法ではない」として、民法が企業生活にも適用される場合もあることを前提に、「実用目的からすれば、ひとり企業生活に特有な私法規範だけではなく、企業生活に関する私法規範をも包括的に取り上げることが、十分に意味のあることである」とされてはいる。

にも拘わらず、西原博士は民商二法の区別を前提とする以上、民法を商法の法源の中に数えることは自己矛盾であるから、「商事に關し適用すべき法規」は必ずしも実質的意義における商法には属しないと（二二二）して、「企業に特有な法は、商法である」し、「商法は企業に特有な法である」という立場を固持される。

私法關係の裁判規範を民法典と商法典とに分けて制定するか、兩者を一元化して制定するか、あるいは個別分野ごとの単行法とするかは、法理論と直接的に結びついた問題ではなく、立法政策上の選択の問題であり、実用面での便宜性の問題である。したがって、現行の制度は私法規範を民法典と商法典とに分けて制定しているということ（二二五）で、民法を商法の法源に入れることが自己矛盾に陥ることになるわけではない。

「企業に特有の法」のみで企業に関する全ての紛争を解決しうるならいざ知らず、民法の助けを借りなければ紛争を解決できない場合もあるのである。そのことを承知の上で、西原博士は前記のような見解を述べておられるのであるが、これは「民商二法の区別」を歴史的事情に基づいた立法政策上の選択の問題とは見ないで、論理必然的な現象であるかのように捉え、「民法と商法は区別されるものだ」という固定観念に囚われた見解というほかはない。のみならず、紛争の解決という実践を目的とした実用法学と法現象の認識を目的とした理論法学を混同した見解である。ドイツ流の法解釈学は、このような混同に基づく中途半端な性質を有しているが、西原博士の見解にも、その影響を見ることが出来る。

西原博士は法解釈学の立場から商法の体系化を目差されているが、この目標と実質的意義の商法を探索することとは、どのような関係にあるのであろうか。というのは、博士は、「実質的意義の商法は、学問的立場に立つものであつて、統一性・体系性を主眼に置き、これに対し、形式的意義の商法は、法律政策的立場に立つものであつて、実際性・便宜性を本位とする」と^(一七)されているが、私見からすれば法解釈学は前者よりも後者に近い「学問」と考えるからである。にも拘わらず、従来の法解釈学が前者の立場に立つて、統一性や体系性を主眼に置いたために、非実用的な法律学となつただけではなく、「概念法学」と揶揄される非現実的・観念的な法律学となつたのではあるまいか。

なお、民法を商事紛争の法源(裁判規範)として適用する場合、当該事件の妥当な解決をもたらすように解釈すべきであり、民法学の成果をそのまま利用すべきでないことは、西原博士の説かれるとおりである。^(一八)しかし、それは博士がいわれるように「商法解釈学の自主性のために極めて緊要である」^(一九)からではない。商事事件と民事事件の違いを重視して、具体的に妥当性のある解決をしなければならないからである。したがって、実用法学としての法解釈学は、認識のための理論法学のように、論理一貫性や体系的整合性がありさえすれば良いというものではなく、具體的妥当性を不可欠の要素としている。

注(二〇六) 西原・注(一)商法論一九八頁。

(二〇七) 西原博士の商法解釈論については、西原・注(一)商法論一九六頁以下、同・商法総則・商行為法(商法講義Ⅰ)〔改訂版〕岩波書店・一九五八年〕三九頁以下、同・商法の解釈について〔前掲・注(五六)商事法研究(三)五七頁以下(初出・恒藤先生古稀祝賀記念・法解釈の理論〔有斐閣・一九六〇年〕〕。

(二〇八) 同旨、服部・注(一)一九頁(なお、一四頁・四五頁・五一頁以下)、正井・注(三五)ジュリ一一五五号六五頁。反対説については、後掲・注(一一)参照。

(二〇九) 同旨、竹内・注(六)講座(1)六頁。

(二一〇) 西原・注(一)商法学二三頁、同「企業の法理」日本法哲学会編・私法の理論(法哲学四季報第九号)〔朝倉書店・一九五一年〕一二〇頁、同「企業」尾高朝雄編「法哲学講座第八卷」〔有斐閣・一九五六年〕一四頁。なお、西原・注(一)商法論一八九頁。

(二一一) 西原寛一「商法学の今日的課題」前掲・注(五六)商事法研究第三卷五三頁(初出・法律時報三六卷三号)〔一九六四年〕。なお、西原・注(一)商法Ⅰ一五一頁。

(二一二) 西原・注(一)商法論一七二頁、同・注(一)商法Ⅰ一六頁。同旨、大隅・注(一)七八頁、鴻・注(八)四七頁・四八頁注(2)、実方・注(一〇三)三七頁以下。なお、松本・注(四〇)七三頁〔註1〕。

(二一三) 西原・注(一〇)法哲(8)一四頁。

(二一四) 西原・注(一一〇)四季報九号二二〇頁。同旨、大隅・注(一)三七頁。

(二一五) 岩崎・注(一)「商法の適用範囲」五九頁注(2)は、「民法を商法の法源と認めることがなぜ商法の自主性の否認に直結するかが、ぜんぜん理解できない」とされる。

(二一六) 従来の法解釈学は理論法学と実用法学とを折衷した中途半端な法学であることについては、前掲・注(二一)参照。

(二一七) 西原・注(一)商法論二六頁、同・注(一)商法Ⅰ一三頁。

(二一八) 西原・注(一)商法論二〇三頁、同・注(一)商法Ⅰ一四五頁。なお、服部・注(一)四五頁は、民法の規定が補充的に適用されるのは企業生活関係に適切であるがためであるから、その範囲内に限定されるべきであり、民法は一般法であるという理由の下に安易に、または單純に民法の規定の補充的適用を肯定するのは、民法と商法との関係を見誤るものとされる。

(二一九) 西原・注(一)商法論二〇三頁、同・注(一)商法学二八三頁。

一四 西原博士は「民法も商法も、共に私有財産制度を前提とし、財産の利用移動を規律するものとして、共通の原理に服せしめ得べき場合は少なくない。そしてその共通の原理に関する限り、重複を避けてこれを古い伝統を有する民法に委ねることは、技術的には合目的と言ひ得る」^(二〇〇)とされる。

ここには民法と商法の共通性・関連性に目が向けられているが、右の引用に続いて、次のようにいわれている。つまり、「このことは商法をして企業に固有な生活関係の法として一元的にその法理を徹底するを得しめ、むしろその独自性を強める結果になる」^(二〇一)として、民法と商法の区別の方を強調されている。

しかし、ここで商法の「独自性を強める」というのは、民法典と商法典とに二元化して裁判規範が制定され、商法を補う形で民法を商事事件に適用する現行制度を前提とする場合には、商法典は企業に関する紛争を解決するための規定だけを設ければよく、企業に関する紛争の裁判規範に特化できるといふ意味に止まり、商法学は民法典や民法学とは関係なしに、この商法典だけを対象とすることによつて完結した理論体系を構築できるということではない。

「商法の自主性は、私法の内部において民法に対する相対的独立を意味するにとどまる」とされる西原博士も、「商法の制度の分析研究に際しては、必ずしも対象を純商法的規範のみに限るべきではない」として、商法の「特異性は、一般法の理解を前提として、それとの比較において成立するものである」と^(二〇二)とされている。要するに、商法学は商法のみならず民法の存在を前提とし、民法学の成果を有効に活用することによつてしか成り立ち得ないのである。

西原博士は、民商二分法論は独立の完結した商法典を維持することを重要視するわけではなく、民法と商法の関連と限界とを明らかにすることによる私法学の進歩を期待すべきであると^(二〇三)とされる。そうであるとすれば、民法と商法を区別して商法の自主性を考察する前に、両者の関連性に目を向けることにより、私法の一般理論を構築しておく必要がある。それが無理であるならば、少なくとも、「企業に特有な法」の体系的な把握ではなくて、「企業に関する法」の体系的な把握が必要であり、「企業に特有な法」だけの体系を構築することは不可能である。

というのは、民法の補助を受けなければ完結しえない商法には、それ自体としての独立性・自主性はありえず、西原博士も認められているように、私法秩序の中における相対的な独自性を認めうるにすぎないからである。

注(二一〇) 西原・注(一)商法論四三頁(なお、一八九頁、同・注(五六)「企業法論」三一頁。

(二二一) 西原・注(一)商法論四三頁以下。

(二二二) 西原・注(一一一)「今日的課題」五三頁。

(二二三) 西原・注(一)商法論四五頁。

一五 ところで、田中(輔)博士は企業に関するあらゆる私法法規が商法学の範囲に入ることになれば、民法は一般私法の法たる非限定の性質を失い、商法は中世期の商人法の性格を帯び、民法学と商法学の重複を生じ、両者の学問的分業の趣旨を没却するに至るのではないかと批判されている。^(二四)

しかし、民法も商法の法源(裁判規範)であるという意味は、民法も商事事件の解決の規準として使われることがあるというに止まり、私法の法源(裁判規範)を民法典と商法典とに区別している現行制度の下で、企業に関する紛争の解決のために適用される全ての私法法規を商法典に統合したり、「実質的意義における商法」に分類しようということではないし、そもそも、そのような「実質的意義における商法」を探索することに意義があるわけではない。

前記のような田中(輔)博士の批判も、西原博士と同じように、私法の法源(裁判規範)が民法典と商法典とに分けて制定されている現行制度が論理必然的な現象であり、唯一絶対の方法であるかのように、固定化して捉えているところから発する批判のように思われる。

さらに、商法を企業に関する法と解する場合、それは商法を新しい意味における商人法と性格づけることにはなっ

ても、中世の商人法に戻るわけではないし、民法が一般私法たる非限定的な性質を失うわけではない。

というのは、星野博士が民法を内在的に検討して整理されているように、民法の規定には、①公法にも通じる法律全般の一般法であるような規定、②私法の一般法としての規定で、(i)憲法との関係において、自然権を有するものとされた人間相互の関係について定め、その自由の限界を画する役割をもつもの、(ii)社会の生産・流通を直接規律する制度・規定であつて、特別法としての商法や無体財産法に対して、一般法としての性質をもつもの、③私法の特別法である規定、という四種類の異なった意味をもつ制度・規定が含まれている。^(二二五)

企業に関する紛争を解決する際に適用される民法の規定は①と②(ii)の部分であるが、この部分が企業に関する紛争の解決に適用されたからといって、それらの規定が民法典に含まれているという事実が消えて無くなるわけではなく、相変わらず民法の一部分をなしている。

商法を「企業に関する法」と定義した上で、(1)私法のみならず公法をも含めるならば、これは最広義の商法ということになる。^(二二六) (2)民法典や商法典などの私法規範に限定し、商法を企業に関する商私法と定義すれば、これは広義における商法であり、(3)企業に特有な私法として、民法とは別に存在している私法規範だけに限定するならば、これが狭義における商法ということになる。

西原博士は(3)の意味において商法を企業法とされているが、商法学は(1)の最広義の商法や(2)の広義の商法についても研究する必要がある。とはいえ、実用法学として裁判規範の研究をする場合には、公法の規定が強行法規として(民九〇条)商事事件の解決のために適用される限りで研究するのである。また、企業をめぐる紛争の予防・解決を効果的に行うという立法学・法政策学の観点から公法上の規制について研究する場合でも、それに必要な限りにおいて公法を対象とするのであって、公法そのものを全面的に研究対象とするわけではない。

商法学が(2)の広義の商法について研究したからといって、民法学と商法学との分業が消失するわけではない。と

いうのは、学問上の分業は、製造工場における分業のように作業の分担を決めた上で各パートの成果を繋ぎ合わせるようなものではなく、個々の研究者の力の及ばないところを他の研究者の業績によって補い合いながら前進することが学問上の分業である。

だとすれば、商法学者が民法の研究にも手を延ばすことが問題なのではなく、民法学者が商法を対象にした研究を殆ど行っていないことの方が問題であり、民法学者とか商法学者という区別をすること自体が問題である。

私法(学)総論・私法の一般理論を構築するためには、民法(学)だの商法(学)だのと狭い枠にこだわらずに、民・商法を私法として一元的に研究することが肝要である。

注(一二四) 田中(輔)・注(一四)「方法」七七頁。

(一二五) 星野・注(四)論集(7)五一頁以下。なお、星野・注(四)民法のすすめ七七頁以下・一三八頁以下、同・注(四)論集(4)一一頁以下。

(一二六) 「実質的意義における商法」の中に公法を含める見解として、田中(輔)・注(一)詳論一七頁・二二頁以下・三一頁・四七頁、同「現代の商法学における若干の重要問題」現代商法学の重要問題「千倉書房・一九五三年」六頁以下(初出一橋大学法学部設置記念論文集・現代法学の諸問題「一九五一年」、大隅・注(一)三八頁(なお、四一頁)、服部・注(一)一四頁以下、石井・注(六)九頁・二三頁以下(但し、監督・保護規整は含まない)、鈴木竹雄「商法の企業法的考察の意義」前掲・注(六)商法研究(1)三九頁初出・東京帝国大学学術大観「法学部」「一九四二年」、同「経済の変遷と商法」商法と経済統制法の関係に関する「考察」前掲書四六頁以下・六八頁(初出・杉山教授還暦祝賀論文集「有斐閣・一九四二年」、同「経済統制法と商法」前掲書九〇頁・九三頁初出・国家学会雑誌五七巻一号「一九四三年」。但し、鈴木・前掲「企業法的考察」四一頁「追記」、同「商法における組織と行為」前掲・注(六)商法研究(1)一六二頁・一六四頁注(五)(初出・田中先生還暦記念・商法の基本問題「有斐閣・一九五二年」)は再考の必要があるとされている。

反対、田中(輔)・注(一)概論四一頁以下、同・注(一四)「方法」八七頁、西原・注(一)商法論七三頁以下、同・注(一)商法学一九頁、同・注(一)商法I四三頁以下、(但し、経済法と商法との統合・融合を認められるが、このことについては第三章四節で触

れる、実方・注(一〇三)四頁以下。

(一二六 a) 一部同旨、谷川・注(一二二)三頁・七頁。

一六 商法『企業法論』に対して批判的な立場を採られる田中(綱)博士は、商法が特別法をなす根本的理由を究明するために、単なる経済的必要や歴史的原因だけで説明し終えたとなすことは出来ないといわれる。というのは、このような説明では商法上の諸制度が民法から分離独立して発生した理由の説明になるにしても、未だ商法学の存在の基礎づけにはならない、と考えられるからである。^(二七)

さらに、田中(綱)博士は、民商二法を内容的・対象的に区別しようとする商法『企業法論』は『企業法論』^(二八)と解し、「民法を以て企業関係以外の法即ち非企業の法というのであろう」が、このような消極的な仕方では、「何を以て民法上の法的事実であるかが明かにされていない」から、より積極的に民法の対象を明らかにしなければならないといわれる。^(二九)

しかし、民法は「非企業の法」でもあるが「企業の法」という側面も有しており、「企業に特有の法」ではないだけのことである。そして、商法は企業法として純化しうるのに対して、民法は星野博士が分類されているように雑多な内容を有しているが故に、「民法は一般私生活の法」というような漠然とした説明しかなしえないわけである。^(三〇)

末弘博士が「民法の商化」に伴って商法が一般私法になり、民法が特別私法になるのではないかとされたのも、結局のところ、民法が対象とする非商人たる一般人は「人」として、あまりにも多種多様であるが故に、その多種多様に応じて民法は特別法的原理(星野説にいう(3)の規定)を多分に具備する必要があると考えられたからに他ならない。^(三一)

なお、一般に、民法と商法とを合わせて「私法」と総称しているが、これは『民法』^(三二)と『商法』^(三三)という意味ではない。けだし、民法や商法は実在している法規範であるが、「私法」という法規範が実在しているわけではなく「公法」

に対する関係で「私法」と総称しているにすぎず、民法や商法と「私法」は存在の次元を異にしているからである。⁽¹⁾⁽ⁱⁱⁱ⁾

したがって、田中(輔)博士が記されているような「*私法*」という式も成り立ちえないのである。

このような説明は、一見、分り易いようであるが、「設立中の会社」を人間の胎児に喩えたのと同じように、誤解を招き易い説明方法である。^{(1)(iv)}

注(一二七) 田中(輔)・注(一四)「方法」七二頁。

(一二八) 田中(輔)・注(一四)「方法」七六頁。

(一二九) 前掲・注(一二五)参照。

(一三〇) 田中(輔)・注(一四)「方法」七六頁。

(一三一) 前掲・注(一二一)参照。

(一二二) 末弘・注(三二)「民法の商化」四頁以下、同「民法の独自性」前掲・注(三二)民法雑誌上巻一頁以下。

(一二三) 「私法」の存在構造を私の方法論「前掲・注(二八)参照」を用いて分析すると、形式的に対等な当事者間の紛争処理規範

(本質) 各国の歴史的事情や立法政策(実体) 民法典や商法典・民商統一法典・あるいはそれぞれの単行法(現象形態)ということになる。

(一二四) 拙著・注(二〇)「社團法人」一三一頁以下参照。

一七 上柳博士は、商的色彩論は、①「民法のみによって規律される生活事実はあっても、商法のみによって規律される生活事実は存在しない」という事実を重視し、この事実から出発して民法と商法の区別に関する理論を形成しようとするのであるが、右の事実認識は正確であるとされる。^{(1)(v)}

しかし、商業帳簿(商三二条以下)や会社の計算(商二八一条以下)・自己株式(商二〇条以下)や持株会社、そして持株会社を創るための株式交換(商三二五条以下)・株式移転(商三六四条以下)を考えれば直ちに判明するように、右の①の事実認

識は正確であるとはいえないし、「商法によって規律されている生活事実」は、すべて何らかの程度において補充的に民法によって規律されている」といえるかは疑問である。^(一三六)

さらに、②「民法のみによって規律される生活事実(例えば、民事売買と、商法と(補充的に)民法によって規律される生活事実(例えば、商人間の売買とは、何らかの程度において異なる生活事実である(例えば、商人間の売買には、売主・買主がいずれも商人であるという、民事売買にはない事情がある)」ということも争い難い事実であり、商法「企業法論は、この事実から出発して商法を理解しようとするもの、と上柳博士は捉えておられる。^(一三七)

しかし、西原博士の商法「企業法論は企業そのものを法律関係の中心に据えて商法を理解するに止まらず、企業法としての新たな商法体系を構築しようとするものであつて(本章一二節以下・第三章一節・第五章一節以下参照)、上柳博士が説かれるように、②の事実認識から出発するという程度の次元の低い学説ではないように思われる。

したがって、西原博士による商的色彩論批判は、上柳博士が考えられるように、①の事実認識から出発する商的色彩論は②の事実をも正確に捉えることに成功していないという程度^(一三八)の、生易しい批判に止まるものではなく、商的色彩論の方法論の有効性や科学性・学問性を問うほどの、もっと厳しく、根源的な批判を含んでいるのではあるまいか。^(一三九)

なお、上柳博士は、商的色彩論は「投機売買に内在する性質である商的色彩すなわち集団性および個性の喪失が全商法に通用の性質である」という仮説を商法の諸規定・諸制度および諸原理の全体によって検証しようとする試みとして理解すべきものであり、商的色彩論の学問的価値は、結局は、そのような検証がどの程度成功していると認められるかによって定まるとされる。^(一四〇)

しかし、田中(輔)博士にとって「商的色彩」は実質的意義の商法の存在を基礎づけ、民法(学)に対する商法(学)の自主性・独自性を認めるための絶対的な基盤であるとともに方法であつて、形式的意義の商法を手懸りにして「商的色彩」

が「全商法に通有の性質である」ことを検証する試みをなされたわけではない。というのは、田中(耕)博士自身が「私はすべての商法上の制度及び規定をその隅々に至るまですべて集団性と個性喪失を以て説明し得るものと主張するものではない。それは、単に商法上の生活關係が有する一つの特色を指摘し、従来の商法学において缺けていた一点を補ったのに止まる」とされているからである。^(一四二)

そして、田中(耕)博士にとって「仮説」であるのは、上柳博士がいわれているようなことではなく、商的色彩を演繹する出発点として投機売買を選んだことであり、投機売買を出発点に選んだという学問的「冒険が成功したかどうかは実績によってそれを立証しなければならない」とされているのである。^(一四三)

注(一三五) 上柳・注(三五)一六頁以下(なお、二六頁)。

(一三六) 上柳・注(三五)一六頁。なお、田中(耕)・注(一四)「方法」六七頁・六八頁。

(一三七) 上柳・注(三五)一七頁・二六頁。なお、田中(耕)・注(一四)「方法」七一頁以下。

(一三八) 上柳・注(三五)一七頁。

(一三九) 西原・注(一)「商法論」四頁注(三)、同・注(三九)「民商」三卷四号一七頁、同・注(五六)「企業法論」四頁以下(とくに二二頁以下)。この批判に対する田中(耕)博士の解答ないし反論として、田中(耕)・注(一四)「方法」六六頁以下(とくに七四頁以下)。

(一四〇) 上柳・注(三五)一九頁・二二頁。

(一四一) 田中(耕)・注(一四)「方法」九八頁。

(一四二) 田中(耕)・注(一四)「方法」七四頁。なお、田中耕太郎「法律学における『経済人』としての商人」前掲・注(六)「商法学一般理論」三三五頁、および(註二)(初出・松波先生還暦祝賀記念論文集「一九二八年」)。

一八 田中(耕)博士は投機売買、即ち固有の商における営利性(営利行為・営利の目的・営利の意思・営利的活動)に着目され、^(一四三)「商法に就ては営利的性質が根本であつて、其れが技術化されることにより、商法の他の特質が生じて来る」とされ^(一四四)

ていた。そして、商法が企業の方法であることも認められていた。^(一四五)

したがって、西原博士は田中(輔)博士が「営利性の技術化を社会経済的に究明されたならば、必然的に企業概念とその重要性の認識に到達されたのではあるまいか」^(一四六)とされているが、そのような究明をされるまでもなく、田中(輔)博士は企業概念の重要性を認識されていたといえよう。

にも拘わらず、田中(輔)説において商的色彩の中で最も基本的なものとされていた「営利的性質」が排除されるに至り、この段階から「商的色彩論が商法企業法論と著しく異なった性質の理論」になったと評されている。^(一四七)

それでは、「なぜ」田中(輔)博士は商的色彩から「営利的性質」を排除されたのであろうか。上柳博士は、①手形その他の有価証券制度と「営利的性質」とを関連づけるのは困難であることが考慮されたこと、②「営利的性質」は経済的観念から捉えられた性質であって、「社会学的性質」の「技術的色彩」というものではなく、法の特徴の説明として学問的に意味のある具体性が欠けていると考えられたことが、その理由ではないかと推測されている。^(一四九)

このような理由もさることながら、「営利的性質」を商的色彩の最も基本的なものとして掲げたのでは、商法と民法の区別が付け難いからではあるまいか。けだし、民法の規定の中には「営利的性質」と繋がるものも含まれているからである。つまり、民法も商法も「商品の法」^(一五〇)であるとともに「資本の法」^(一五〇)でもあるが故に、「営利的性質」の有無だけでは民法と商法の区別は付け難いのである。^(一五一)

しかし、民法と商法の区別よりも、両者の関連性の方を重視される田中(輔)説において、民法にも「営利的性質」が見られるとしても、商的色彩論そのものにとつて障碍になることはないのではあるまいか。けだし、民法と商法とは、「営利的性質」の発現が潜在的で偶然的なのか、顕在的で必然的なのかという決定的な違いがあるからである。むしろ、「営利的性質」が排除されたことにより、商的色彩論は企業との繋がりを欠いて生彩を失っただけでなく、商法と民法との関連性をも見失わせることになったように思われる。

なお、商的色彩論と商法『企業法論』は、前者が近代商法の初期段階に対応する商法の把握の仕方、即ち商行為主義ないし商事主義を反映する理論であり、後者は商法の現代化に相応する把握の仕方、即ち新しい商人主義に対応する理論であり、右の二つの学説は近代商法の一定の発展段階に対応し、それぞれの発展段階を反映した理論なのであるから、両者を横一列に並べて商法本質論として、どちらが、より優れた把握であるのかといった比較をすることは、本質的に的はずれというしかない、とする見解がある。^(一五三)

しかし、第一章二節において紹介したように、田中(輔)博士も現代の商法の趨勢は商行為に関する法より商人法・企業法に推移する方向に進んでおり、商法は企業法になったことは認められている。他方、西原博士は次章第一節において紹介するように、「企業」を過去および現在における商法の中心対象と位置づけられている。

だとすれば、商的色彩論と商法『企業法論』の違いを商法の歴史的な発展段階の違いに帰することは、一見したところ客観的な根拠がありそうでありながら、主観的な思いつきにすぎないことになる。両説の違いは、商法そのものの発展段階の違いではなく、商法学の理論の発展段階の違い、即ち商法学説史として捉えるべきではあるまいか。

あるいは、商的色彩論と商法『企業法論』とは決して矛盾するものではなく、前者は近代私法の特徴を捉え、後者は近代私法の対象を捉えたものとして、共に極めて有意義な関連をもつていとする受け止め方も見られる。^(一五四)

だが、商的色彩論と商法『企業法論』の間には、具体的にどのような有意義な関連があるのであるか。両説の違いは、単に近代私法の特徴を捉えたのか、対象を捉えたのかの違いにすぎないのであるか。田中(輔)博士と西原博士は、お互いに、両説は方法論が違っており、次元の違い・観点の違いがあることを強調し合っているが、この違いが商的色彩論と商法『企業法論』の違いとして具体化しているのだろうか。^(一五五)

私の見るところでは、商的色彩論は民法と商法という実定法の規定を比較して得られた表面的な違い、感覚的な違いを重視し、それに甘んじている。これに対して、西原博士の商法『企業法論』は、そのような違いを生み出して

る社会關係にまで掘り下げた理論的な考察をしており、その分だけ認識も深まり、学説史を画することになっている。それ故に、商法『企業法論』が定説となり、商的色彩論を駆逐した所以である。

このような私の捉え方が妥当か否か、さらに商法の自主性・独自性を問う上で商法『企業法論』はどのような意義があるのか、そもそも商法の自主性・独自性を問うことにどのような意義があるのか、という根源的な問題については、次章以下において商法『企業法論』の詳しい検討を行った後に判断することにしよう。

注(一四三) 田中(輔)・注(一)概論四四頁以下・七二頁。

(一四四) 田中(輔)・注(三六)「任務」四五頁。

(一四五) 前掲・注(九)・(一〇)参照。なお、田中(輔)・注(一)概論五八頁以下。

田中(輔)博士の企業概念については、田中耕太郎「企業」商法学特殊問題中巻「春秋社・一九五六年」一頁以下(初出・末弘嚴太郎『田中耕太郎編・岩波法律学辞典第一巻』岩波書店・一九三四年)。

(一四六) 西原・注(五六)「企業法論」二二頁。

(一四七) この点については、上柳・注(三五)六頁以下参照。

(一四八) 上柳・注(三五)一三頁注(11)。

(一四九) 上柳・注(三五)一一頁。

(一五〇) 第一章七節、および注(二六)参照。

(一五一) 一部同旨、新山・注(五三)一〇五頁。

(一五二) 同旨、弥永・注(六)法時七一巻七号三九頁。

(一五三) 新山・注(五三)一〇九頁以下。法人論に関して同旨、川島・注(二六)八八頁・九二頁。

(一五四) 三藤・注(二六)六六頁。このような捉え方に対する疑問として、新山・注(五三)一〇〇頁・一〇六頁。

(一五五) 田中(輔)・注(一四)「方法」七七頁・八九頁以下・九九頁、西原・注(五六)「企業法論」七頁以下、同・注(一〇七)「商法の解釈」

六〇頁、同「企業概念の法定法的適用」前掲・注(一四)竹田古稀六五頁以下。なお、第六章二節参照。

三 商法「企業法論者の「企業」概念

一 商法「企業法論を、わが国に導入し定着させた最大の功労者である西原博士は、形式的意義の商法、即ち商法典で用いられている最も基本的な概念である「商行為」や「商人」あるいは「営業」という法的概念は、経済の発展に対応することが出来ずに破綻を来たしており、古い歴史遺産と化しているとされる。したがって、実質的意義の商法を統一的に把握するための中枢概念として、商法典に足場を持ちながら、古い概念に代わるものとして「企業」という経済上の概念に着眼し、この「企業」概念こそは商法の対象の過去・現在および将来の発展を通じて妥当する概念であり、「企業」は過去および現在における商法の中心対象であるとされる。^(一五五)

その上で、「企業とは、私経済的自己責任負担主義の下に継続的意図を以て企画的に経済行為を実行し、これによって国民経済に寄与すると共に、自己及び構成員の存続発展のために収益を挙げることを目的とする、一個の統一ある独立の経済的生活体である」と定義づけられる。^(一五七)

これを分析的に説明して、「企業は私経済的自己責任負担主義を基調とする」とされる点は、近代法の大原則である私的自治の原則、即ち自己決定・自己責任の原則からすれば、当然のことを述べているにすぎず、異論を挟む余地はないが、「企業」の定義に必要不可欠な要素であると思えない。^(一五八)

また、「企業は継続的意図を以て企画的に経済行為を実現する」とされる点も、間違っているわけではない。ただし、一回限りの事業を行って解散する当座組合や、絶対的商行為とされている投機売買(商五〇一条一号・二号)を一回だけ行う場合、そこには営利を追求する「企業」の萌芽が見られるとはいえ、このような事例を商法の対象としての「企業」の範疇に入れる必要はないからである。^(一五九)

しかし、前記のような西原博士の説明が、法律学からの「企業」の説明として十分なものといえるかどうかについて

ては疑問がある。

注(二五六) 西原・注(一) 商法論一六頁・二四頁・二三三頁以下、同・注(一) 商法Ⅰ一一頁。

(二五七) 西原・注(一) 商法論一八頁・二三八頁、同・注(一) 商法学二頁以下、同・注(一) 商法Ⅰ一二頁、同・注(一〇七) 講義Ⅲ

頁、同・注(一一〇) 四季報九号一一四頁以下、同・注(一一〇) 法哲(8)二頁。なお、西原・注(一〇〇) 商行為法一頁以下。

(二五八) 西原・注(一) 商法論二二頁。

(二五九) 西原・注(一) 商法論二二頁。

二 さらに、西原博士の「企業」概念に関して、次の二点については賛成することは出来ない。

第一点は、「企業は一個の統一ある経済的生活体である」とし、「企業は独立の経済的生活体である」とされる点である。^(二六〇)

このような説明は、他の商法学者の教科書にも見られるところであり、^(二六一) 経済学としての説明、あるいは日常用語としての説明なら誤りではない。しかし、「企業」を実質的意義における商法の中心概念とするのであれば、「企業」概念を経済学から借りて来るにしても、そのまま利用するのではなく、法的概念として法律学の観点から構成し直す必要がある。

西原博士は「企業を構造的に見れば、それは物的及び人的両要素より成り、それらが有機的に組織化されて活動状態にあるものである。物的要素とは、企業のための財産である。人的要素とは、経営首脳者及び経営補助者であり、なお第二次圈内には得意先をも含包せしめ得る。その組織のためには一の法律的中心が存在し、その名において物的及び人的諸要素を使用支配し、且つ活動による権利義務が統一的に帰属するのである」とされる。^(二六二)

ここに「経営首脳者」というのは、個人企業においては原則として企業活動の権利義務の帰属者たる商人自身、会

社企業においては業務執行社員や取締役である。^(一六三)

の外部から支配する権利を有する主体ではなく、経営補助者とともに企業に内在する要素であると解されている。^(一六四)

しかし、このような捉え方は、本章第六節・七節で検討しているように、企業の経済学的な捉え方であって、法律学としての捉え方ではない。^(一六五)

このように、西原説においては経済学上の企業概念を、そのまま法律学上の概念として利用し、法律学固有の観点からの見直しがなされていない。そのために、「商号」は企業の主体である商人の営業上の名称とはされずに、組織化された企業を対外的に表彰する形式的名称とされ、法律上の「商人」とは組織化された企業そのものを権利主体的に把握したもの以外ならないとして、^(一六七) 経済的な生活体である企業を中心に据えた構成をされている。

そして、営業譲渡を目的とする債権契約において、企業財産は独立の一体として取扱われるが、^(一六八) 営業譲渡は支配の客体としての企業の譲渡ではなく、企業主体の交替・企業者地位の交替・経営首脳的地位の交替であり、これに伴って企業の一切の物的・人的組織が、そのまま承継されるのが常であると説いておられる。^(一六九) しかし、このような説明は営業譲渡を法現象として捉えるのではなく、^(一七〇) 経済現象として、結果的・表面的に捉えているにすぎない。

他方、企業財産は担保物権の客体となるが、企業は企業者を中軸とする物的・人的の有機構成体であって、^(一七二) 権利の客体と見るべきではないから、企業自体は質権や抵当権の目的とはならないとされる。

しかし、営業譲渡の場合と担保権を設定する場合の構成を区別することに対して、いずれの場合についても、等しく一個の経済的価値物としての客観的意義における企業（西原説にいう企業財産）が取引の対象となつてゐるものと解するのが自然であると批判されている。^(一七三) これは、右の西原説には企業の経済的把握と法律的把握が区別されてい
ないという欠点に加えて、企業の主体と企業という客体とが十分に区別されていないという難点が含まれており、
後者の難点は前者の欠点の具体的な反映であり、前者の欠点の派生物にほかならない点が批判されているのである。

注(二六〇) 西原・注(一)商法論一八頁・一九頁。

(二六一) 本章および次章で紹介する大隅・服部・田中(誠)・鈴木・石井説のほかに、鴻・注(八)一三頁、実方・注(一〇三)四七頁・五三頁以下など。

(二六二) 西原・注(一)商法論二三九頁。なお、三〇九頁・三七六頁。

(二六三) 西原・注(一)商法論三四七頁、同・注(一)商法一二二五頁以下、同・注(一〇七)講義一七八頁以下。

(二六四) 西原・注(一)商法論二三九頁以下、同・注(一)商法一五六頁以下。

(二六五) 同旨、田中(誠)・注(一)詳論一四頁、三藤・注(二六)五六頁。なお、鈴木・注(六)「商人概念」二二頁、長谷川・注(五六)二三頁。

(二六六) 西原・注(一)商法論三七九頁以下、同・注(一)商法学一一二頁、同・注(一)商法一四三頁、同・注(一〇七)講義一九一頁以下、実方・注(一〇三)七一頁以下。

(二六七) 西原・注(一)商法論三八二頁(なお、三七六頁)、同・注(一)商法学一〇四頁・一一二頁以下、同・注(一)商法一四一頁、同・注(一〇七)講義一九〇頁・九一頁以下、同「商法概念としての企業」前掲・注(二六)田中(誠)還暦七頁、実方・注(一〇三)五六頁以下。

但し、実方・八三頁以下・八七頁以下は企業主が資本所有者の地位を有することを認める一方で、六一頁・一二二頁以下では企業者地位・経営者として経営をなす地位・経営活動による権利義務の帰属者たる地位を認められているのに対して、西原・注(一)商法学一三九頁以下は企業・会社を一つの人格者と見るために、「企業所有者」という概念は法律的なものではなく、経済的なものであるとする顛倒が生じている。西原説と実方説におけるこの違いが、営業譲渡などの捉え方に関して、両説の違いとなつて反映することは、実方・一六三頁以下・一八七頁以下と本稿・注(二六九)および注(三四四)(三四五)の西原説を比べると明らかになる。

(二六八) 西原・注(一)商法論三〇七頁。

(二六九) 西原・注(一)商法論三五六頁、同・注(一)商法学一八六頁以下、同・注(一〇七)講義一〇一頁以下。

(二七〇) 拙稿・注(二八)佐賀一二卷三三三頁以下。一部同旨、大隅・注(一)三〇二頁、鈴木・注(二六)「企業法的考察」三七頁。なお、営業譲渡に関する私の見解については、拙稿・注(二八)佐賀一二卷三三三頁以下、同「会社の合併とは、どのような法現象か」一株式会社の法的構造八「佐賀三四卷四号(二〇〇一年)七九頁以下(とくに八五頁以下)。

(二七一) 西原・注(一)商法論三〇九頁、同・注(一)商法一二〇頁。

(一七二) 大隅・注(一)三〇二頁注(八)。なお、鈴木竹雄「流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業」前掲・注(六)商法研究(一)一八四頁注(三)(初出・法学協会雑誌五九巻九号「一九四一年」)。

三 「のれん」を中核として個々の積極財産・消極財産を有機的・組織的に一体化したところに創り出された営業財産・企業財産、即ち「客観的意義における営業」に対して、今日の通説は一個の物権の成立を認めていない。というのは、「この法律において『物』とは、有体物をいう」とする民法八五条の一物一権主義・一権一物主義の原則に反するか^(一七三)らである。

営業財産についてすら一個の物権の客体とは認めないのであるから、西原博士のように企業を経営首脳者をも内在させている有機体と解し、「企業者を中軸とする物的・人的有機的構成体」と解する立場からは、このような企業が権利の客体と認められないのは当然である。^(一七四)

しかし、西原説において有機的・組織的の一体としての営業財産・企業財産に関しては、組織化されたままの一体として担保の用に供することが出来ると認めるのであれば、この担保権の客体となる営業財産・企業財産と担保権を設定する主体である企業者とが区別されていることになる。

このように、営業財産・企業財産の担保化に関しては物権の客体になることを認めておきながら、営業譲渡に関しては右の財産の譲渡としてではなく、企業主体の交替・経営首脳者の地位の交替とするのでは辻褄が合わない。^(一七五)のみならず、営業譲渡を企業主体の交替・経営首脳者の地位の交替としておきながら、営業譲渡の結果として「企業の一切の物的・人的組織がそのまま承継される」と解するのでは、論理が一貫しないだけでなく、理論に破綻を来すことになる。

というのは、西原説において企業は「企業者を中軸とする物的・人的有機的構成体」であり、経営首脳者を内在さ

せている有機体である。だとすれば、営業譲渡によって「企業の一の物的・人的組織がそのまま承継される」ためには、企業主体・経営首脳者を内在させた有機体がそのまま承継されなければならないことになる。しかし、これでは営業を譲渡した人は相変らず当該企業に内在しており、営業譲受人が入り込む場所はないことになる。

右のような論理的矛盾は、営業の賃貸借の場合を考えると、もっと鮮明になる。というのは、営業の賃貸借は経営首脳者を内在させた有機体が賃借されるのではなく、営業の賃貸人となる従前の企業主体が経営の現場から退いて、賃借人に営業財産を貸与する取引が営業の賃貸借だからである（第五章四節参照）。

かくして、営業譲渡や営業の賃貸借は、現在の企業主体が新しい企業主体に営業財産、即ち客観的意義における営業を譲渡したり、賃貸する取引行為であり、企業の主体と客体を関連づけながらも区別しなければならないことが分かる。^(二七七)

したがって、商法にいう「商人」とは一定の要件に合致する企業主体のことであり、「商号」とは右の企業主体である「商人」の営業活動上の名称であると解する通説の方が、西原説よりも妥当である。

だとすれば、西原博士のように企業は「一個の経済的生活体であり、国民経済を構成する要素である。それは、単なる権利主体若くは取引の客体又は行為の動態を一面的に表現するものではなく、実にこれらを綜合する一個の制度である。言い換えれば、権利主体的・客体的又は動態的に分析把握する対象となるべき全体的存在である」と説いてみても、法律学の観点から行うべき分析の対象である企業の説明にはなり得ない。むしろ、従来の通説のように権利主体・営業活動の主体としての企業者と営業財産やそれを構成している個々の積極財産・消極財産とを明確に区別した上で、両者を連関づけることによって、企業という経済的生活体・有機体の全体像を法律学の観点から把握して行くべきである。

要するに、法律学の立場からは、企業の主体である企業者の営利意思が営業活動を行うための人的・物的組織を媒

介にして、営業活動（主観的意義における営業）となつて具体化され、この営業活動を通して取得し、負担することになつた個々の権利・義務や、これらの積極財産・消極財産を「のれん」を中核として有機的・組織的に一体化して管理・運用している姿を総合的に把握する必要がある。

注（一七三） 拙稿・注（二八）佐賀一二巻三号三二頁以下。なお、拙著・注（二〇）所有権一八二頁以下。

（一七四） 西原・注（一）商法論三〇九頁、同・注（一）商法一二〇〇頁。

（一七五） 前掲・注（一七）参照。

（一七六） 同旨、大隅・注（一）三〇二頁、鈴木・注（六）「商人概念」二二二頁以下、同・注（二六）「企業法的考察」三七頁、同・注（一

七二）「流通の対象」一八三頁以下、正井・注（三五）ジュリ一一五五号六五頁、長谷川・注（五六）二四頁以下。

（一七七） 西原・注（一）商法論二三八頁。

四 西原博士の「企業」の定義や分析に対する第二の疑問は、「国民経済に寄与すること」を企業の目的の一つに掲げ、

「企業には公益性の一面と営利性の一面とがある」として、公益性と営利性を同一次元に並べて、企業の定義の中に企業の理念を混入させている点である。^{（一七九）}

私的な経済主体としての企業、したがつて法的主体としての企業者にとって、営利を追求することが目的であり、営利を追求する意思が企業者の本質をなす。これに対して、企業の公益性や「国民経済に寄与すること」は企業活動の理念である。企業活動に右のような理念が求められるようになるのは、「公共の福祉」という観点から、営業の自由や財産権の自由に対する政策的制約が課せられること（憲三二条一項・二九条二項）に対応している。そして、このような理念の実現や制約の実施こそは各種業法や経済統制法・独占禁止法といった経済（行政）法が担う分野である。^{（一八〇）}

とはいえ、西原博士がいわれるように「統制経済下においては、経済の国家的計画化の必要よりして、公益性が営

利性に代つて意識的指導原理として登場し、営利性はただ各企業及びその構成員の存続発展の保障として、結果的且つ限定的に随伴することを承認されるに過ぎない^(一八二)のではない。営業の自由・財産権の自由に対する政策的制約が増加して、経済的基本権が大巾に制約を受けるようになって、企業^(一八三)の本質が営利追及にあることは何ら変わるものではない。

尤も、西原博士も企業の営利性や営利の目的を無視されるわけではなく、公益性や生産性と営利性は存在の面を異にするものとされている^(一八三)。しかし、両者が存在の面を異にするのであれば、公益性が営利性の制約原理になることは考えられても、「公益性が営利性に代つて意識的指導原理」になるということはありえないことになる。

さらに、西原博士が説かれるように、商法の内部における社会性・制約性の原理の内在的發展を認めるにしても、それは営業の自由や財産権の自由が市民社会の内部で承認される際に、これらの自由に本質的に伴っている内在的制約の上に、更に、社会の変化に応じて外部からの制約が加重されて行く現象と見るべきである。

つまり、市民社会において営業の自由や財産権の自由が認められる際に、社会規範による内在的制約が本質的に伴っている。そして、その内在的制約の外側から当事者の意思(社会規範)や国家の手による強行法規裁判規範によって更なる制約を加えたり(外在的制約)、さらには経済行政法のような国家規範によつて政策的な制約が加えられるが、この内在的制約と外在的制約・政策的制約は観点と目的を異にしている^(一八五)。

例えば、企業の活動をめぐつて発生する、形式的に平等な当事者間における紛争を解決する裁判規範としての商法や民法の規定の中に、企業活動の自由に対する制約が増加しても、それは形式的に平等な当事者間の法律行為の効力を制限したり、効力を否認するにすぎず、経済的自由の内在的制約の延長線上にある。

これに対して、経済(行政)法による政策的制約は、裁判所における紛争解決の規準とされることもあるが、そのような場合でも民事裁判とは関係なしに、つまり紛争当事者間における私法的効力の有無という観点を越えた「国民経

「済」の観点から、行政府が事前に、あるいは事後的に介入することによって、一定の政策的効果を挙げることを目的としている。

したがって、西原博士が説かれるように経済法は商法の内在的發展と関連する側面があるとしても、両者の目的や観点を異にする限り、商法と経済法が融合し、綜合化されると解する^(一八七)ことは出来ない。商法と経済法には関連性を有する部分があるとはいえ、両者は別異の法として明確に区別する必要がある^(一八八)。にも拘わらず、「国民経済に寄与する」という理念を企業要素として加えるならば、企業法としての商法と経済法の関連性の方を重視することに繋がり^(一八九)はしても、両者を区別する方向へと進み得なくなるのは当然である。

注(二七八) 西原・注(一)商法論一九頁。

(二七九) 同趣旨の批判として、田中(誠)・注(一)詳論一五頁。

(二八〇) 同旨、鈴木・注(一二六)「経済の変遷」五五頁以下、同・注(一二六)「経済統制法」七六頁以下。

(二八一) 西原・注(一)商法論二〇頁。

(二八二) 同旨、鈴木・注(一二六)「経済の変遷」五四頁注(二)。

(二八三) 西原・注(一)商法論二二頁注(四)、同・注(一六七)田中還暦一四頁。因に、「営利の目的」を企業要素から除外する説があるが、この説については、本章第一〇節参照。

(二八四) 西原・注(一)商法論六九頁。

(二八五) 営業の自由や財産権の自由に対する制約を、①内在的制約、②外在的制約、③政策的制約に区別・連関づける私の捉え方については、拙稿「所有権の内在的制約・外在的制約・政策的制約」(二)(三)(四)・元一憲法二九条と民法二〇六条・二〇七条「佐賀大学経済論集三一巻五号(一九九九年)八三頁以下・三一巻六号(一九九九年)一三一頁以下・三二巻一号(一九九九年)一八三頁以下・三二巻二号(一九九九年)五五頁以下、同「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関性」(二)(三)(四)・元一いわゆる『営業の自由論争』を参考にして「佐賀三二巻二号(一九九九年)七三頁以下・三二巻三号(一九九九年)一一一頁以下・三二巻四号(一九九九年)一一一頁以下・三二巻五号(二〇〇〇年)五五頁以下。

なお、この方法を法人（団体）の能力の制限に関して適用した私見については、拙著・注二〇「社團法人二五六頁以下。

（二八六）「行政法・経済法規違反の法律行為の効力に關しては、金沢良雄」独占禁止法違反行為の私法上の効力」独占禁止法の構造と運用」有斐閣・一九七九年「三二一頁以下（初出・ジュリスト三〇〇号「一九六四年」）、丹宗昭信「経済統制法規違反の法律行為の効力」行政法の争点（一九八〇年）三二二頁以下、根岸 哲「取締法規違反の契約の効力」民法の争点Ⅰ（一九八五年）三四頁以下、磯村 保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民法雑誌九三巻臨増号（一）（一九八六年）一頁以下、服部育生「独占禁止法違反行為の私法上の効力」（二）「定」民法雑誌九四巻二二二（一九八六年）二四頁以下、四四三三三（一九八六年）二〇頁以下、高津幸一「違反行為の私法上の効力」経済法学会編・独占禁止法講座第七卷「商事法務研究会・一九八九年」三頁以下。

（二八七）西原・注（一）「商法論六八頁以下。なお、西原・注（一）「商法學五四頁以下、同・注（一）「商法Ⅰ四〇頁以下、同・注（一）「七講義Ⅰ一一頁、同・注（一）「四季報九号一二三頁以下、同・注（一）「法哲（8）二〇頁以下。

（二八八）同旨、田中（誠）・注（一）「二八頁・三〇頁、石井・注（六）「六頁・二五頁以下、鈴木・注（六）「商人概念二〇八頁以下、同・注（一）「二六」企業法的考察三三八頁以下、同・注（一）「二六」経済の変遷四四五頁以下、同・注（一）「二六」経済統制法七六頁以下、同・注（一）「二六」組織と行為二五六頁注（三）、鴻・注（八）三〇頁以下、三藤・注（二）「六四頁、実方・注（一）「〇三二六頁以下・二七二頁。
なお、後掲・注（二二）参照。

五 企業の公益性や「国民経済に寄与する」ことを強調される西原博士は、商法の基本理念の第一として、「企業の維持強化」を掲げ、第二に「取引の円滑旺盛化」を掲げられる。^{（二八九）}

裁判所における紛争解決の規準、即ち裁判規範としての商法が「企業の維持強化」や「取引の円滑旺盛化」に役立つ規定を含んでいるとしても、それは裁判の結果として、そのような機能を果たしたり、商法が行為規範として作用することにより紛争予防機能を果たすにすぎず、裁判規範としての商法が第一次・直接的に担うべき役割ではない。そのような機能を第一次・直接的に担うのは、経済行政法や倒産予防法・企業再建法といった領域である。

因に、商法や有限会社法は解散した会社の継続について定めているが（商九五条・九七条・四〇六条・四一六条一項・有七〇条・七一条・七五条一項）、これは「企業維持の理念」が発現したものであり、この理念の具体例とされている。^{（二九二）}しかし、こ

の制度は私的自治・当事者自治の原則の適用例であつて、^(一九二) 会社の解散事由が発生した後といえども、会社への出資者たる社員が会社の継続を望んでいる場合に、これを拒絶しなければならないような社会的・公共的な理由がない故に、右の社員の意味が実現され、その結果として企業の維持が図られるにすぎない。

この例からも分かるように、商法、さらには民法を含めて私法は、取引社会が自主的に考え出した社会規範を、「国民経済」全体の立場を勘案しながら、国家が追認・補充・修正したり禁圧するという形をとつて国家規範の中に採り込むことにより、紛争の事後的解決の規準（裁判規範）を示すことが第一義的な役割である。^(一九三)

したがつて、裁判規範としての商法の理念は、「企業の利益」を重視することではなく、^(一九四) 西原博士が商法の理念として三番目に掲げられている「経済主体間の利益の調和」こそが重視されるべきである。^(一九五)

尤も、「経済主体間の利益の調和」や「利益の調整」といっても、巨大株式会社が経済社会の主役となつて以降は、それ以前のように利益の等価性・立場の互換可能性を前提にした調整を想定することは不可能になつて^(一九六) いる。したがつて、このような情況の下で「利益の調和」「利益の調整」を行うためには、田中誠博士が強調されるように「社会本位」的に考えるほかはないが、^(一九七) 「社会本位」が「企業本位」と同一視されて、「社会本位」から「会社本位」への逆転が生じないように注意しなければならない。何故ならば、会社は所詮、人間の幸福追求のための手段であつて、会社が社

会の主人ではないし、会社は自己目的的存在ではないからである。^(一九八)

西原博士のように、「企業の維持強化」の理念や「取引の円滑旺盛化」の理念を重視する立場からは、普通取引約款は「法理念の支持を受ける事実の規範力」を根拠にして、^(一九九) これを取引社会の自治法・生ける法・部分社会の法規と性格づけて、商法の法源に含まれることになる。

しかし、企業が一方的に作成した約款を社会規範と認め、裁判規範として適用するためには、「法理念の支持」ではなく、何よりも先ず「社会の支持」が必要であり、「社会の支持」を受けて社会規範となつたものについて、「法理念

の支持」が得られるか否かが問われるのである。^(一九九)

このように見えてくると、西原博士の法解釈学は民商法を貫く取引法の普遍的正義を求めこそすれ、民法との原理的峻別を前提にした商法的正義を求めることは^(二〇〇)ない、とする評価は疑問であり、この説に賛成することは出来ない。

なお、岩崎博士は「商法の特色の説明に私企業体制の国民経済的意義を加えても、それが飾りにすぎず、具体的展開の中に生かされていない」と^(二〇一)されている。たしかに、右の特色が商法の解釈に直接的に反映することはないが、「国民経済に寄与する」という理念は前節や本節で紹介したような姿をとって、経済法や約款の捉え方の中に具体化されている。

注(二八九) 西原・注(一)商法論七六頁以下、同・注(二)商法学一九四頁以下、同・注(三)商法I四六頁以下、同・注(一〇七)講義I一二頁以下、同・注(一〇七)「商法の解釈」六五頁以下。

(一九〇) 商法の理念の具体的な発現の態様については、前掲・注(一八九)参照。

(一九一) 会社の継続制度については、拙著・注(二〇)社団法人四四九頁以下参照。

(一九二) 拙著・注(二〇)社団法人四五〇頁。同旨、古田・注(二五)福法一〇巻二号一四二頁以下、

(一九三) 因に、手形の裏書に伴う担保的効力(手一五条)や人的抗弁の切断(手一七条)は、裏書を債権譲渡と解する通説では合理的に説明できないために、手形の流通を保護するために国家規範が特別に政策的配慮に基づいて認めた効果として説明されている。

ここには、手形を考え出し、利用してきた商人の知恵や商人社会に自主的に創られる規範は全く無視して、国家法上位・国家法万能の考え方が遺憾なく発揮されている[拙稿「手形の裏書—信用制度と法理論(一)」佐賀大学経済論集八巻三号(一九七六年)七五頁以下。なお、この拙稿では「有価証券とはどのような証券か」という問題意識に欠けており、手形という紙片の所有権や占有権の考察が行われていない。したがって、この欠陥を補う考察は改めて行う予定である。拙著・注(二〇)所有権一二三頁・二三四頁注(21)参照]。

(一九四) 西原・注(一)商法論七八頁・一〇三頁以下、同・注(二)商法学二三〇頁以下、同・注(三)商法I六九頁以下、同・注(一〇

七 講義Ⅰ二二頁以下、同・注(一〇七)「商法の解釈」六六頁。

(一九五) 同旨、竹内・注(六)講座Ⅰ六頁、同・注(八)理論Ⅰ三頁、古田・注(一五)福法一五卷一六二頁以下・六九頁。なお、西原・注(一)商法論七九頁以下、長谷川・注(五六)三二頁注(三五・三五頁、鈴木・注(一二六)「経済統制法」七六頁・八二頁以下・八九頁以下。

(一九六) 富山・注(二六)一二頁以下、木内宜彦「商法学から企業法学へ」序説「企業法学という学問領域を設定するための準備作業として」中央大学九〇周年記念論文集・法学部[中央大学・一九七五年]二九頁以下・四二頁以下・四四頁・四八頁。なお、竹内・注(六)講座Ⅰ三六頁以下。

(一九七) 田中(彌)・注(一)詳論四六頁以下、同「現代の商法学における社会本位的考察と商法学理論についての若干の修正」前掲・注(二六)現代商法学理論の重要問題二三頁以下(初出・私法三号[一九五〇年])。なお、西原・注(一)商法論八〇頁。

(一九八) 西原・注(一)商法論九二頁・一二二頁以下、同・注(一)商法学九七頁、同・注(一)商法Ⅰ一二五頁、同・注(一〇七)講義Ⅰ三五頁、同・注(一〇七)「商法の解釈」七二頁。

(一九九) 普通取引約款に対する私の見解については、拙稿「私的自治・契約自由の原則と約款」[附]「約款規制法制定前のドイツ約款論を手がかりに」佐賀大学経済論集二四巻四号(一九九一年)一六五頁以下・二四巻五号(一九九二年)九三頁以下・二四巻六号(一九九二年)九頁以下。

(二〇〇) 山手・注(八)岩崎追悼一三一頁・一三四頁。因に、商的色彩論は「民法と商法との間に一定の原理的峻別を認める」見解とされるが(前掲論文一三五頁)、疑問である。

(二〇一) 岩崎・注(一)「現代にとって」五二頁。

六 要するに、企業主体・経営首脳者を企業の外部に置くのではなく、企業に内在する人的要素とし、「商人」や「商号」[営業所]などの商法上の制度を、企業者ではなく、企業に結びつけて構成される西原博士の見解は、企業を経済学⁽¹⁰¹⁾の観点から捉えたままであつて、法律学の観点から把握し直したものになっていない。

とりわけ、個々の企業を経済学者のいう個別資本と解し、企業は「経理方面から見れば、資本の増殖を目的として計算本位に活動する。資本とは、かかる目的に向けられた貨幣価値を抽象的に数量を以て表示したもの」に外なら

ない」^(二〇四)とした上で、「企業は、一定資本を基礎とする利廻り計算の上に立っている」^(二〇五)とされ、「営利の目的はその到達手段に反作用を及ぼし、目的の無限性に応ずる物的永続的組織を生み出し、各個の行為を企画的・合目的且つ打算的に合理化して、統一ある一体を形成するに至る」^(二〇六)と説かれる。

かくして、西原博士にとって、企業は「計算単位の法的人格者にほかならない」ものであり、「営利経済の本質である資本の増殖ないし利潤の有無を算定する計算の遂行は、企業の人格の特殊性を維持する不可欠の要件」^(二〇七)なのである。

そして、「経営経済学の立場においては、企業財産は、この抽象的な資本の運用され具体化された姿であり、いわば資本の現象形態」^(二〇八)であるとか、「企業財産は資本の具体化された機能的形態であるから、その内容は、産業部門によって著るしく異なる」^(二〇九)とし、「企業の財産は、企業活動に伴って絶えずその形態を変化する」^(二一〇)とされるところに、経営経済学において企業を個別資本として捉える学説(個別資本説)の影響を見てとることが出来る。

さらに、先に引用した「営利経済の本質である資本の増殖ないし利潤の有無を算定する計算の遂行は、企業の人格の特殊性を維持する不可欠の要件である」という説明の後に、総括として、「一定の投下資本の活動組織態が企業の実体であり、それは法的には何よりもまず、法的人格者として、とくに計算単位の特殊人格者として、総合的に把握されなければならない」^(二一一)とされる部分に、個別資本説の強い影響を読みとることが出来る(傍点筆者)。

経営経済学における個別資本説というのは、K・マルクスの『資本論』第二巻第一篇「資本の変態とその循環」の部分^(二一二)を参考にして、経営学が対象とする企業を、社会的総資本の一構成分子である個別資本が運動する経済現象として捉え、個別資本の総体的な相互のもつれ合いにおいて社会的総資本が形成されると解するものである。

この経営学説は、西原博士も引用されている^(二一三)、中西寅雄博士の『経営経済学』(日本評論社・一九三一年)によって基礎が据えられ、戦後、馬場克三博士や水戸 公博士によって精緻化され発展された理論で、^(二一四)一世を風靡したものの、マ

ルクス経済学の衰退とともに勢力を失い、今日では殆ど顧みられなくなっているようである。

注(二〇二) 本章第二節参照。

(二〇三) 西原・注(一一〇)四季報九号一二三頁、同注(一一〇)法哲(8)二〇頁。なお、実方・注(二〇三)一二頁以下・二六頁以下。

但し、実方博士が商法を資本法・資本制企業の法とし、民法を独立商品所有者間における商品の等価交換の法・単純商品交換の法とされる点[実方・注(二〇三)一頁以下・二一頁・三二頁・三三頁・二四五頁・二四五頁]は、西原説よりも、山中康雄・市民社会と民法(総則・物権・債権)「日本評論社・一九四六年」一五〇頁以下・二四四頁以下に親和的であるが、近代民法を単純商品交換の法と性格づける点に問題がある[拙稿・注(二二五)佐賀四卷一・号八二頁以下]。

(二〇四) 西原・注(一)商法論三〇四頁。

(二〇五) 西原・注(一)商法論三一〇頁。

(二〇六) 西原・注(一)商法論二三頁。

(二〇七) 西原・注(一一〇)法哲(8)二五頁、同注(一六七)田中還暦二四頁。なお、実方・注(二〇三)四九頁以下・八四頁以下。

(二〇八) 西原・注(一)商法論三〇六頁。なお、西原・注(二〇七)講義I六九頁、実方・注(二〇三)五〇頁・八八頁。但し、実方・五

九頁以下・二二頁・二四頁は営利追求活動を資本増殖運動の現象形態とされる。

(二〇九) 西原・注(一)商法論三〇七頁。

(二一〇) 西原・注(一)商法論三一〇頁。

(二一一) 前掲・注(二〇七)参照。

(二一二) 西原・注(一)商法論三〇五頁注(一)。

(二一三) 馬場克三・個別資本と経営技術「有斐閣・一九五七年」、同「経営経済学」[税務経理協会・一九六六年]、水戸 公・個別資本

論序説「経営学批判」(増補版)「森山書店・一九六八年」。

個別資本説の学説史については、水戸・前掲書六七頁以下・二一九頁以下(初出・水戸 公ほか「経営学史」[世界書院・一九六五年]、岩尾裕純「マルクス主義経営学派」古川栄一・高宮 晋編「現代の経営学説」[有斐閣・一九五九年]六一頁以下、浅野 敏「個別資本理論の成立と発展」川崎文治・稿 博「吉田和夫編・現代資本主義と経営学説・講座経営経済学2」[ミネルヴァ書房・一九七八年]一八〇頁以下、片岡信之「個別資本学説の現代的展開」前掲書二〇〇頁以下。

七 この個別資本説が解明した成果を、私の方法論、即ち社会現象を本質・実体・現象形態の三つに分けた上で、これを連関づけて、その社会現象の全体像を論理的に構成するという方法を用いて整理すると、経済現象としての企業¹個別資本の存在構造は次のようになる。

即ち、企業¹個別資本の本質は自己増殖を遂げる運動体としての価値であり、その担い手、つまり企業の実体は資本家ないし経営者である。そして、個別資本の現象形態、即ち経済現象としての企業を表面的・外形的に観察したときの姿は、貨幣(資本)・生産資本・商品資本という形態をとって循環している姿である。

企業¹個別資本説の成果を私なりに整理したところを基礎にして、さらに法律学の観点から構成し直すと、法律学においては企業ではなく、企業の主体である企業者の存在構造を把握しなければならないが、法律学から見た「企業」の存在構造、即ち企業者の存在構造は次のようになる。^(二四)

まず、企業者の本質は営利事業を行うことにより利潤を追求する意思(営利事業意思)である。そして、企業者の営利事業意思を具体化し現実化する役割を担っているのは、①営業活動権と②営業財産権とが表裏一体の関係において統一されている営業権であり、これが企業者、つまり法律学から見た「企業」の実体をなしている。

これを敷衍すれば、企業者の営利事業意思を実行に移し、現実化させているのは、企業者に認められている営業権である。この営業権は①一般的人格権としての営業活動権、つまり他人から営業活動を妨害されることなく、自由^(二五)に営業活動を行う権利と、②この営業活動の成果として形成されている有機的・組織の一体としての営業財産を管理・運用している状態が他人の侵害から守られるところに認められる最広義の占有権としての営業財産権とから成っている。

営業活動の成果として個々の権利・義務が企業者に帰属するに至るが、企業者はこれら個々の権利・義務を個別的に管理・運用しているのではなく、それらを有機的・組織的に一体化した営業財産として管理・運用している。した

がつて、そのような営業財産を形成し、管理・運用すること自体は財務管理としての営業活動である。しかし、有機的・組織的に一体化して管理・運用されている状態にある営業財産が他人の侵害から守られ、保護されているという側面を捉えると、ここに最広義の占有権としての営業財産権の存在を認めることが出来る。

営業活動権は営業権の動態であり、営業財産権は営業権の静態である。^(二二六) 両者は営業権として統一されており、動態と静態という二つの側面・人格権と財産権という二つの性質を併有する営業権が企業者の実体をなす。

そして、企業者の営業活動により、その成果として企業者に帰属している個々の権利・義務が企業者の現象形態をなす。つまり、企業者の実体の静態面・財産権の側面である有機的・組織的の現象形態を構成している個々の積極財産・消極財産が企業者に帰属している姿が、法律学から見た「企業」、即ち企業の主体としての企業者の現象形態であり、企業者を表面的・外形的に捉えた姿である。

右に述べた、経済学(個別資本説から見た企業や法律学から見た「企業」、つまり企業者の存在構造を、民法上の「人」、つまり自然人^(二二七)、さらには非営利事業者の存在構造^(二二八)と対比しながら、図式化して整理すると次のようになる。

事業 者	事業 者	人	個別資本	本質	実体	現象形態
事業意思	営利事業意思	生存意思	自己増殖する価値	資本家でない経営者	貨幣(資本)・生産(資本)・商品(資本)	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務
事業権 (事業活動権・事業財産権)	営業権 (営業活動権・営業財産権)	生存権 (生存活動権・生存財産権)				個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務
個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務	個々の物権・債権・知的財産権・個別的人格権・形成権・抗弁権・債務

家族法上の権利・義務を別にすれば、「人」も「企業」者も、現象形態に関する限り質的な差異はない。もし、両者の間に差異があるとすれば、両者に帰属する権利・義務の量に違いがあるにすぎない。したがって、個々の権利・義務を有機的・組織的に一体化して管理・運用している「生存財産」と「営業財産」の間に共通性が見られる反面、その構成要素に量的な違いや内容面での違いが出てくる。そして、生存意思と営利事業意思という両者の本質の違いが、「生存財産」と「営業財産」の管理・運用の仕方にも反映してくるが、これは「生存活動」と「営業活動」の違いの反映でもある。なお、個人企業者の場合、企業者の本質をなす営利事業意思は、彼個人の自然人としての生存意思の一部分であり、実体次元においても営業活動権は生存活動権の一部分である。そして、理論の上や商業帳簿の上では、営業財産は生存財産から区別され、前者のみが営業譲渡や営業貸借の客体となる。しかし、営業活動を行う主体と生存活動を行う主体は同一の主体であり、法律上は両者は区別されていない。そのために、営業上の債務や日常生活上の債務に対する責任財産としては、営業財産と生存財産の区別は存在しないことになる。

ここに述べた、民法上の「人」、即ち自然人と商法上の「人」、即ち企業者・商人の区別・連関性は、民法と商法を区別・連関づける上で重要な示唆を与えるとともに、次節で紹介するように、民法と商法では「人」の類型を異にするとされる西原説を検討する際の基準をも与えるであろう。

注(二一四) 詳しくは、拙著・注(二二〇)社団法人七頁以下、拙稿・注(二二八)佐賀一二巻三号一三頁以下。

因に、これまでの拙稿において、法律学から見た「企業」の存在構造を分析するという表現をしているが、正確には「企業者」の分析とすべきであった。

(二一五) 拙著・注(二二〇)所有権一八二頁以下。

(二一六) 西原・注(二二一)頁は、企業を「静態的に把握することも可能であり、またその活動面を動態的に把握することも可能である」とされるが、法律学の観点からは企業者の権利を動態面からと静態面から把握すべきである。

(二一七) 拙著・注(二〇)所有権一七一頁以下、拙稿「共同相続財産の二重の共有」論について(中)共有と含有・補論三(中)「佐賀大学経済論集二八巻五号(一九九六年)八二頁以下。

(二一八) 拙著・注(二〇)社団法人一〇頁・二二七頁以下。

八 西原博士は企業の法的概念を形成するためには、まず経済的概念としての企業の内容を明らかにすることが前提になり、企業の経済的概念が得られるならば、これを利用し、これに加工して法的概念を確定すればよいとされている^(二一九)。ここに要約して紹介した限りでは、西原説は正当であり、私も同じ考えである。しかし、右の意図が実現されたか否か、どのような形で実現されたか、ということが問題である。

さらに、西原博士は、民法上の人は普遍的な人格者であるが、法的な人格者としての企業は現代営利経済組織の中心たる特殊な人格者であるとして、民法における人と商法の対象である人の違いを強調されているが、企業と企業者を区別されていないことを除けば、この点も誤りではない。しかし、民法における人と商法の対象である人の間には違いがあるだけではなく、共通性も見られることや、両者の違いが由って生じて来なければならない経済的・事実的な根拠ではなく、法理的な根拠にまで掘り下げた検討はなされていない。

前節で述べたように、私見では、民法における人と商法の対象たる人、即ち企業者の違いは、両者の本質・次元における違い、つまり生存意思を本質とするのか、営利事業意思を本質とするのかという本質的な違いに由来している。

しかし、現象形態次元においては、人や企業者に帰属する個々の権利・義務について、質的な違いがあるわけではなく、量的な違いがあるにすぎない。そして、人や企業者の実体の静態面をなす生存財産権や営業財産権は、人や企業者に帰属している個々の権利・義務を有機的・組織的に一体化して管理・運用している状態が保護されるという

点では同質の財産権（私見では最広義の占有権）である。

とはいえ、生存活動と営業活動の違いに対応して、生存財産や営業財産を構成している個々の財産の量や内容に違いは生じる。そして、生存財産は相続の対象にしかならないが、営業財産は営業譲渡や賃貸借、さらには担保権の対象になるだけでなく、会社の合併や分割によって統合されたり分割されるという違いを有している。

さらに、人や企業者の実体の動態面をなす生存活動権や営業活動権は、一般的人格権としては同じ範疇に入っている。しかし、両者の本質次元における違い、即ち生存意思を本質とするのか営利事業意思を本質とするのかという違い、そして、この違いをもたらす根源的な違い、つまり生命有機体として自己の精神的・物質的生活の安寧を目指す自己目的的存在なのか、人（自然人）の一定目的を達成するための手段的存在にすぎないのかという違いが、人と法人たる企業者や法人でない共同企業者（団体）の能力の違いとなつて反映する。

因に、前節において述べたように、個人企業においては企業者の本質をなす営利事業意思は、人の本質をなす生存意思の一部分であり、企業者の実体の動態面をなす営業活動権は人の実体の動態面をなす生存活動権の一部分にすぎず、西原博士がいわれているように、企業者は人の特殊形態であることが分かる。

したがって、資本主義的私法の下においては、商人の方が一般私法の標準人で、非商人たる一般人は多種多様であり、特殊な存在であるとされる末弘博士の見解は、西原説とは逆の結論になつており支持することは出来ない。そして、末弘説も経済的・事実的な捉え方をしているにすぎず、法理的な捉え方をしていない点では西原説と共通の難点を有している。にも拘わらず、両博士の結論が逆になっているのは、西原博士は民法を一般法、商法を特別法と位置づけられるのに対して、末弘博士は商法を原則、民法を特則と位置づけられているからである。

個人企業とは異なり、共同企業（団体）の場合には、「人」との間に関連性がないわけではないが、「人」と企業者の違いの方が際立っている。というのは、団体の営利事業意思は団体構成員である自然人の生存意思の一部分によつて

支えられているものの、両者の意思は区別しなければならない。また、団体の営業活動は機関構成員の生存活動の一部分によつて実現されているものの、両者の活動は区別しなければならない。

したがって、この共同企業団体の例や個人企業の例から分かるように、「人」は企業者をも包摂しうる普遍的人格者であるが、企業者は一定の目的事業に特化された特殊の人格者でしかありえない。というのも、「人」は公序良俗に反しない限りあらゆることをなすうる自己目的的存在であるのに対して、企業者は一定の目的を実現するための手段的存在にすぎないからである。

なお、商法の対象を民法と同一の法律事実を求める商的色彩論を優れているとして、高い評価を与えられる三藤博士は、民法も商法も商品の法であるとともに企業法であり、民法上の人も商人も商品所有権者であるとともに資本の所有権者・企業主体であり、「経済人」として質的に同一であつて、量的な差があるにすぎないとされる。^(二二五)

その上で、民法は企業法の商品交換の法一般として抽象的・普遍的性質を有するが、商法は普遍的な民法に対して特殊面、即ち産業資本の企業生活面において定立された特殊な法であり、それ故に商的色彩の内容をなす諸性質が露わに表面化し、極端にまで押し進められてくるのであらうとされる。^(二二六)

三藤博士が民法も商法も商品の法であり、資本の法・企業の法であるとされる点は、私見と一致する。しかし、民法と商法は全く同質の法というわけではなく、両者の間には異質な部分が残されている。また、民法上の人も商人も質的に同一であり、量的な差があるにすぎないとされる点には賛成することは出来ない。ただし、「人」の本質をなす生存意思と企業者の本質をなす営利事業意思は、単に量的な差ではなく、質的な違いをなしているからである。^(二二七)

三藤博士のように、民法上の人と商人との間に同質性のみを認めて異質性を認めないならば、民法上の人は主体者一般として普遍性を有するところの普遍的人間型であるのに対して、商人は特殊な商法の商品を扱う商法的交換の主体者としての特殊性をもっている特殊な人間類型である、^(二二八)として区別される博士の見解に筋がとらないこと

になる。

注(二一九) 西原・注(二六七)田中還曆一一頁。

(二二〇) 西原・注(一一〇)四季報九号一二七頁以下、同・注(二六七)田中還曆二四頁。

(二二二) 西原・注(二六七)田中還曆八頁。

(二二三) 拙著・注(二〇)社団法人二〇二頁・二四八頁以下・三三二頁。

(二二三) 前掲・注(一三三)参照。

(二二四) 三藤・注(二六)六三頁。

(二二五) 三藤・注(二六)五五頁以下・六三頁以下・六九頁。

(二二六) 三藤・注(二六)六六頁以下。

(二二七) 結果同旨、新山・注(五三)一〇三頁以下。

(二二八) 三藤・注(二六)四七頁以下・六〇頁・六七頁。

九 「商法とは企業關係に特有な法規の總体である」として、商法^(二二九)企業法説を採られる大隅博士は、従来の通説のよ

うに商私法のみを商法と解し、手続法的・行政法的・刑法的諸規定を商法の範域外に排除するのでは、商私法の実質的機能の把握は不完全なものとなるのは免れないとして、^(二三〇)「少なくとも私法秩序の実現を保障することを目的とする公法的規定は、商私法と有機的^(二三一)一体をなすものとして、これを商法に包摂せしめて理解しなければならない」とされる。

さらに、独占禁止法も企業法の基本原理を定めるものとして、^(二三二)商法の体系に属するものとされるが、この点では、本章第四節で検討した西原説に通じるところがある。

このような大隅博士の見解は、前章第一五節で述べた広義の商法や最広義の商法の説明としてならば妥当であるが、狭義の商法の説明とされる趣旨であれば、西原説と同様、これに賛成することは出来ない。

しかし、大隅博士は西原博士とは違って、商人を営業^(三三三)企業^(三三三)の主体とし、商業使用人や代理商・仲立人・問屋・運送取扱人を商人の補助者^(三三三)とし、商号を商人の営業上の名称^(三三四)とし、営業譲渡を一定の営業目的により組織化された有機的^(三三五)の一体としての機能的財産、即ち営業財産の譲渡と解され、西原説のように企業者を企業に内在化させて、企業中心の経済学的な捉え方をすることを排して、法律学の観点から企業者^(三三六)・商人を中心に据えた捉え方をされている点は妥当である。

とはいえ、このように妥当な捉え方をされる大隅博士といえども、商法の対象となる企業について、これは「本来経済学上の概念であり、しかも経済学においてもきわめて論議の多い概念である」とした上で、「一定の計画に従い継続的意図をもって営利行為を実現する独立の経済単位をいう」として、西原説と変わり映えのしない説明をされている。

つまり、「企業は、消費経済たる家計に対し、一定の金額(資本)をもって経済活動を営み、その金額を基礎として収益の計算を行うところのいわゆる資本的計算のもとに、財産の増殖をめざす営利経済たることにその特色を有する。企業における活動は、計画的かつ継続的意図をもつて統一ある一体として行われることを要し、少なくとも計算的に家計から分離独立していなければならない。その意味において、企業は統一ある独立の経済単位にほかならない^(三三七)」として、経済学の観点からの説明に終始されており、企業概念を法律学の観点から構成し直す作業は全く行われておらず、その点では西原説を一步も越えていない。

「商法は企業につき、その法律関係を規律する法^(三三八)」であるとして、企業法説に与される服部博士は、企業法説の企業概念が「法律的概念であるべきことが肯定されるならば、それは経済的概念と必ずしも同一であることを要しない」とされる。そして、「企業を、資本的計算方法の下に経営される継続的・営利的経済単位にして、法律上独立体として取扱われるべきもの、と定義づけてよいと思われる」とした上で、「法律的には法律関係ないし権利義務関係が

実現されるが、企業もまた法律関係に現われるためには、その法律的独立性が考慮される必要がある^(三三九)とされる。

服部博士は正當にも、西原説や実方説における企業概念が経済的概念に止まり、法律的概念になりえていないことを指摘されている^(三四〇)。しかし、服部博士自身も、法律学の観点から企業を分析し、法律的概念として企業概念を構成するという作業を行われているわけではない。のみならず、右に引用した説明では、企業者ではなく、経済単位としての企業が法律上の独立体として、即ち独立の法主体として取扱われるものとされており、西原説の轍を踏んでいる。

注(三二九) 大隅・注(一)三六頁。

(三三〇) 大隅・注(一)三八頁。なお、四一頁。

(三三一) 大隅・注(一)五三頁。同旨、菅原・注(四二)法学五四卷四号三九頁注(2)。

反対、竹内・注(六)講座一二四頁。なお、前掲・注(一八八)参照。

因に、「営業の自由」を憲法二二条で保障されている基本的人権(経済的基本権)と位置づける法律学の通説に対して、経済史学の観点からすれば、「営業の自由」は経済政策の一環であつて「公序」と性格づけるべきであるとされる岡田与好博士は、右の大隅説を援用して、独占禁止法は「法律学者のいわゆる経済法ではなく、現代商法の特徴的要素として理解されるべきものである」とされる(岡田与好「序論「営業の自由」論争におけるわたくしの立場」独占と営業の自由[木鐸社・一九七五年]二九頁)。

右の岡田説に与する見解として、小島康裕「日本法学における反独占理論の問題性」大企業社会の法秩序[勁草書房・一九八一年]二頁(初出・法学セミナー二四一号[一九七五年])、久保欣哉「競争的株式会社法への展望」私的権力に答責性を統合する課題を解決するために「西原寛一先生追悼論文集・企業と法上」[有斐閣・一九七七年]二二〇頁・二二二頁注(42)。「営業の自由論争」に関する私の見解については、前掲・注(一八五)の拙稿を参照されたい。

(三三二) 大隅・注(一)八九頁。

(三三三) 大隅・注(一)一三六頁以下。

(三三四) 大隅・注(一)一七九頁以下。

(三三五) 大隅・注(一)三〇一頁以下。

(二三六) 大隅・注(一)一八〇頁注(二)・三〇二頁注(八)。

(二三七) 大隅・注(一)三六頁。なお、三一頁・一三五頁・二八六頁。

(二三八) 服部・注(一)八頁。

(二三九) 服部・注(一)九頁以下。

(二四〇) 服部・注(一)一〇頁注1。なお、九頁。

一〇 商法を企業に特有な生活関係を対象とする法と解するにせよ、企業^(二四一)の法律関係を規律する法と解するにせよ、商法^(二四二)「企業法論の企業概念は経済学からの借り物にすぎず、法学固有の企業概念、正確にいえば企業者の概念を作り上げていないことは、従来から指摘され、批判されていたところであり、最近においても、きわめて漠然として^(二四三)いる「法概念としての企業概念」を明確化することが大きな課題として指摘されているところである^(二四四)。

したがって、これ以上、商法^(二四五)「企業法論の企業の説明につき、具体例を羅列する必要はないが、最後に、「営利の目的」について広義に解される田中誠二博士の見解を紹介し、検討することにして、西原説や大隅説とは異なつた見解を展開される鈴木説や石井説については次章で取扱うことにする。

商法の中心概念としての企業^(二四六)の概念は、経済学上の企業^(二四七)の概念を基礎とする必要があるとはいえ、経済学上の概念をそのまま採用することは出来ず、商法の主要規定との調和が保たれ、その理解に役立つように構成されなければならぬとされる田中^(二四八)博士は、経済学上の企業概念が商法四条二項や五二条二項・五〇二条但書と調和するように修正を加えて、次のように定義されている。

即ち、「商法における企業とは、不定量の利潤(収入と支出との差益、すなわち余剰利益のみならず、収支適合を目標とする費用充足を含む)を獲得するために、計画的にかつ継続的に資力と労力とを投じて経済的給付を供給する行為をなし、このための特別の施設もしくは組織を有する独立の経済単位体(Wirtschaftseinheit)である」とされる^(二四九)。

右の定義は、「営利の目的」は企業概念の要素ではないとするライシユの見解を参考にした上で、企業概念の中心的要素は「継続的に反復的な集団的な取引をなすという活動およびこれに伴って、これに適合する組織を備える」という点にあり、営利性または営利の目的は、その要素から除くべきであるが、わが商法の規定と調和させるために、「営利目的」を広義に解するのだとされる。^(二四六)

そして、このような企業概念を採ることにより、(1)商法四条二項の商人は正面から商法上の企業に含まれ、商人に「擬制」するための例外的制度と見る必要はないことになる。(2)公企業にも商法が適用される(商二条範圍を拡大し、明確にするために、商法上の企業概念から営利の目的という要素が次第に減少し、消滅してゆく傾向にあるが、この傾向に適合している。(3)「営利の目的」を広義に解する場合には、農業等の原始産業や相互保険・協同組合などの広義の企業に商法が適用されることになる、という利点があるとされる。^(二四七)

田中誠博士の右の提案には、現行商法の解釈論を超えた立法論も含まれており、漸新な考え方ではある。しかし、この説においても、経済学上の企業概念をそのまま根底に据えた上で、これを商法の規定に適合するように修正することが主眼であり、法律学の観点から企業を分析した上で、企業の法的概念を構成しようとする試みではない点では西原説などと同じ難点を有しており、不満を禁じえない。

さらに、「営利の目的」は独禁法二条一項の「事業者」や二項の「事業者団体」については必要な要素ではないが、商法上の商人とされる企業については「営利事業意思」は本質をなす要素であり、不可欠な要素である。したがって、田中誠博士の発想を支持することは出来ない。

注(二四一) 田中誠・注(一)詳論三頁以下・一四頁以下「なお、後掲・法(二四三参照)、服部・注(一)九頁・一〇頁注1、古田・注(一五) 福法(一〇)卷二号一四五頁以下、同・注(二五)福法一五卷一号二五頁以下(とくに六一頁以下)。

(二四二) 落合・注(一六)商法一八頁。

(二四三) 田中誠・注(一)詳論一七頁以下、同「商法の中心概念としての企業の概念」商事法研究第二巻[千倉書房・一九七一年]六頁以下・一三頁(初出 青山法学論集一〇巻三号[一九六一年])。

(二四四) 田中誠・注(一)詳論一九頁、同注(二四三)「企業の概念」七頁・一三頁、同「商法の中心概念としての企業の営利性の修正」前掲・注(二四三)商事法研究(2)三五頁以下(初出 青山法学論集一二巻二二三合併号[一九七〇年])。

(二四五) Raish, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrecht*, 1965, S. 186ff. ライシュの学説については、田中誠・注(一)詳論四頁以下、同・注(二四三)「企業の概念」三頁以下、同・注(二四四)「営利性の修正」二七頁以下。

(二四六) 田中誠・注(一)詳論六頁以下、同・注(二四三)「企業の概念」三頁以下。

(二四七) 田中誠・注(二四三)「企業の概念」九頁以下・一三頁以下、同・注(二四四)「営利性の修正」三六頁以下。

四 企業一般か商企業か・統一的企業概念か相対的企業概念か

一 鈴木博士は、日本の商法学は田中(輔)博士により従来のドイツ法学流の概念法学的な分析的研究の上に総合的研究が加えられ、商法学に関する法哲学的研究が行われたことで、商法学に新局面を開くとともに、その水準を著しく高められたと評価されている。^(二四八)

つまり、田中(輔)博士の商的色彩論は商法という特別法の形成を促す特殊の社会的地盤の認識に基礎を置き、商法の存在理由と対象論とを結合し、商的活动と商的设备ないし組織の方面にわたって商法の対象を全面的に把握し、商法を法規の単なる機械的集合とする捉え方から有機的の一体として把握する方向へ転回され、民法に対する商法の自主性を基礎づけるとともに、商法の各分野・各制度・各規定の地位・性質が闡明され、解釈についても一層、強固な地盤が獲得されるに至ったと評されている。^(二四九)

そして、このような商法学の学的基盤の上に商法^{II}企業法論が登場し、商的色彩論の欠点を補い、商法学はさらに一步の前進を示したとされる。つまり、商法性格論に終始固着する商的色彩論が捉えうるところは、投機売買から無理なく演繹されるものに限られるために、限界があるのに対して、商法^{II}企業法論は社会的実在である企業から出発するために、商法の対象は一層、明確にされるとともに、その捉えうる生活需要の範囲は全般に及び、商法の多面的な発展の可能性に対しても即応しうることになっているとして、企業法論を支持される^(二五〇)。

とはいえ、商法^{II}企業法論は実定法上の商法の対象を円満に説明することよりも、商法の本質を解明することを、より根本的な目的とするために、商法^{II}企業法論の基礎をなす企業概念は広きにすぎるとし、企業概念が必ずしも明確なものとはなっておらず、その範囲が漠然としているという難点をもつと指摘されている^(二五二)。

それでは、右のような指摘をされている鈴木博士の企業概念は明確なものになりえているのかというと、他の企業法論者と五十歩百歩というところである^(二五二)。しかし、鈴木博士の企業概念には他の企業法論者とは異なつた発想が見られる。そこで、本章は鈴木説に照準を合わせて企業法論を検討しよう。

注(二四八) 鈴木・注(二六)「企業法的考察」二九頁以下、同「商法学の進路」前掲・注(六)「商法研究」(一)一頁以下(初出・法学協会雑誌八三卷五号「一九六六年」、同「日本の商法学」前掲書一三頁以下(初出・経済人二四卷一〇号「一九六〇年」)。

(二四九) 鈴木・注(二六)「企業法的考察」三一頁以下。

(二五〇) 鈴木・注(二六)「企業法的考察」三三頁。一部同旨、上柳・注(三五)三八頁。

(二五一) 鈴木・注(六)「商人概念」二二頁(なお一〇四頁)、同・注(二六)「企業法的考察」三四頁。同旨、弥永・注(六)「法時七一」卷七号四〇頁、落合・注(二六)「商法」一七頁以下。

(二五二) 同旨、落合誠二「鈴木竹雄博士の商法基礎理論」ジュリスト一一〇二号(一九九六年)三七頁。

二 商法「企業法論」において企業概念が漠然としていて明確ではないという難点は、その企業概念が経済学からの借り物にすぎないというところに根源がある。したがって、「商法学の理論はあくまでも法律学の立場で構成される」とが必要であつて、経済学ないし社会学的方法の濫用は厳に戒めなければならない」とされる鈴木博士の立場からすれば、従来の企業法論の企業概念に満足されないのは当然のことである。

また、たとえ私見のように「企業」概念（正確に言えば企業者概念）を法律学固有のものに作り直しても、鈴木博士は納得されないであろう。というのは、経済学上の企業概念からであれ、法律学に固有の企業概念からであれ、当然に除外されるべき絶対的商行為が、実定法上は「商」の範囲に含まれる反面（商五〇一条、企業概念に当然に含まれるべき原始産業が、実定法上は民社会社を含む擬制商人商四条二項のほかは「商」の範囲から除外されているが、商法「企業法論」にとって、このような拡大縮小を如何に基礎づけるかが当然に問題になる、と鈴木博士は考えられているからである。

しかし、商法「企業法論」にとって「このような拡大縮小を如何に基礎づけるか」ということよりも、「このような拡大縮小を」批判的に検討することが重要な課題になるのではあるまいか。

西原博士の商法「企業法論」が商法を企業に特有な法とか、企業的生活関係に特異な法と定義づけ、これを「実質的意義における商法」と呼んでいるのは、学問的立場に立ち、統一性・体系性を主眼に置くものであつて、法律政策的立場に立ち実質性・便宜性を本位とする「形式的意義における商法」と関連しながらも、その範囲が必ずしも一致するものではないことを前提にして、「実質的意義における商法」の研究は「形式的意義における商法」の改正または解釈に際して、有力な指導精神を与え得ると考えている。^(二五五)つまり、理論と実用ないし実践とを区別しながら、連関づけることを目差している。^(二五六)

したがって、西原博士の商法「企業法論」からすれば、商法五〇一条が絶対的商行為を存置していることの問題点を

指摘し、これを廃止する方向で改正すべき旨の提案をしたり、現行法の適用を限定する方向で解釈する提案をすれば、^(二五七)その責を果たしたことになるであろう。

また、商法四条二項についても、擬制商人の創設による商法の適用の範囲の拡大が、この程度で十分なものかどうかを検討して、解釈論なり立法論を提案するならば、責を果たすことになるであろう。

現に、西原博士は商法四条二項が「看做ス」という擬制を用いることは、既に一つ概念がその完全性を失い、拡大された外延を遺憾なく包摂する新概念を要求する何よりの證左である」とした上で、「商行為又は商人の概念に囚われない新たな概念」の必要性について提案されており、^(二五八)抽象的にではあるが現行法に対する指導精神を発揮されている。そして、立法技術の点からいえば、ドイツ商法やスイス債務法のように「業種にこだわらないで、営業の形式ないし規模を商人概念の基準に取り入れるのが、はるかに合理的である」という提案を^(二五九)されている。

注(二五三) 鈴木・注(二四八)「日本の商法学」一五頁。

(二五四) 鈴木・注(二二六)「企業法的考察」三四頁。なお、鈴木・注(二六)「商人概念」一三〇頁以下。

(二五五) 西原・注(一)「商法論」二六頁、同・注(一)「商法Ⅰ」一三頁、同・注(一〇七)「講義Ⅰ」三頁以下。

(二五六) 理論と実用ないし実践を区別・連関づけるという学問観は私見と通じ合うところがある「拙稿」「一人会社の社団性(上)——株式会社の法的構造六の(上)——佐賀大学経済論集三〇巻五号「一九九八年」一五六頁・一五七頁注(五九)参照」。

しかし、どのような理論を立てるかが問題であり、純粹な理論とも純粹な実用ともつかない法解釈学「前掲・注(二二)参照」では、理論と実用の区別・連関づけるも半端なものとなるであろう。

(二五七) 西原・注(一)「商法論」三四頁以下、同・注(一)「商法学Ⅰ」一〇二頁以下、同・注(一)「商法Ⅰ」一五四頁以下、同・注(一〇〇)「商行為法六四頁以下、同「経済事情の変遷と商行為法体系の反省」商事法研究第一巻「有斐閣」(一九五七年)「一四七頁(初出・京城帝国大学法学会論集一三冊一号「一九四二年」)」。

(二五八) 西原・注(一)「商法論」三三七頁。

(二五九) 西原・注(一)商法一六六頁。

三 しかし、鈴木博士は商法の対象が商法的規定の適用を妥当とする範囲を意味する以上、商法「企業法論者の企業概念は広すぎるとして、これを商的経営による企業、即ち商企業に限定するときに、始めて商法の対象を説明する中核的概念として利用しうるのではないかとされる」^(二六〇)。

鈴木博士のいわれる「商的経営による企業」「商企業」とは、企業の中でも態様および規模により商人的経営組織を要するものに限られる^(二六一)。というのは、商法の対象を、一方では企業に拡張しながら、他方では、その外延が拡がりすぎて曖昧になるのを抑えるために、商法の対象となる企業を制限する必要があると考えられているからである^(二六二)。

鈴木博士の右のような発想は、態様および範囲により商人的に設備した経営組織を必要とする者は商業登記をなすべき義務を負い、登記により商人となる旨を規定するドイツ商法旧二条を原則規定と解し、営業の種類による區別を全く撤廃して、営業の開始によつて当然商人となる旨を規定する旧一条を旧二条に吸収させようとするドイツの商法学説を参考にしたものである^(二六三)。

このようなドイツの学説を参考により、わが商法においても原始的産業を原則として「商」の範囲から除外しながら、原始産業が民事会社、その他の擬制商人のように「商」の範囲に包括される場合があること(商四条二項)を無理なく説明するために、商的経営によるか否かという基準を用いて企業概念に限定づけをされるわけである^(二六四)。

商法四条二項において鉱業を営む者や民事会社は無条件に商人と看做されるものの、農林業や漁業等の第一次産業については、「店舗其ノ他之ニ類似スル設備ニ依リテ物品ノ販売ヲ為スラ業トスル者」でなければ商人と看做されないのは、この分野では生業として行われるものや、兼業として行われるものが多く、農林業や漁業を営んでいる

という事実・外觀をただけでは、企業(者)の本質をなす営利事業意思、即ち継続的に営利事業を行う意思の存在を外部から客観的に見てとれない場合が多いからであらう。さらに、今日では、農業協同組合や漁業協同組合を介して出荷する場合が多いからではあるまいか。

つまり、わが通説・判例の下では協同組合の商人性は否定されており、生業については商法を適用しない点において、^(二六五)「専ら賃金ヲ得ル目的ヲ以テ物ヲ製造シ又ハ勞務ニ服スル者ノ行為」は營業的商行為に当たらないとする商法五

〇二条但書の趣旨と合致することになる。

というのは、商法五〇二条の營業的商行為は、行為そのものの営利性ではなく、行為主体の企業性の故に商行為となるのである。したがって、商法五〇二条但書の場合、その行為が「營業として」行われても生業にすぎず、資本活動としての企業性を欠いているが故に、營業的商行為とはならず、その行為主体は商人とはならないからである。^(二六六)

しかし、農林業や漁業のような第一次産業にあつても、店舗等の設備を作つて、收穫物の販売を継続的に行つておれば、企業者の本質をなす営利事業意思があることは外部から客観的に見てとることが出来る点において、民事会社を設立して第一次産業を営む場合と異なるところはない。

したがって、商法四条二項は、これらの事業主体を商人として取扱うことにしたわけであるが、ここに「擬制」された商人といえども企業者である点において、商行為を業として営む固有の商人との間に何ら本質的な違いはない。つまり、現行法上は「商人」として擬制されているとはいえ、企業主であることまで擬制されているわけではない。

注(二六〇) 鈴木・注(一二六)「企業法的考察」三四頁。

(二六一) 鈴木・注(六)「商人概念」二二〇頁。なお、一三四頁。

(二六二) 前掲・注(二五)参照。なお、鈴木・注(六)「商人概念」二二二頁・二二四頁。

(二六三) 鈴木・注(六)「商人概念」一二二頁以下・一二八頁。態様および範囲による「商人的経営組織」については、鈴木・注(六)「商人概念」一三四頁以下。

因に、一九九八年のドイツ商法改正により商営業や商人概念について重要な変更がなされたが、この点については、弥永・注(六)法時七一巻七号三八頁、正井・注(三五)ジュリ一一五五号六五頁以下。

(二六四) 鈴木・注(六)「商人概念」一二六頁以下・一三〇頁以下、同・注(二六)「企業法的考察」三四頁。なお、西原・注(一)「商法」一六六頁。

(二六五) この点については、岩崎・注(一)「商法の適用範囲」一〇九頁以下。なお、実方謙二「信用協同組合の商人性と一方的商行爲」商法(總則)判例百選(第二版)(一九八五年)一六頁以下、岩崎 稔「判例研究」信用金庫の商人性」前掲・注(一)戦後日本商法学史所感一一七頁以下(初出・昭和六三年度重要判例解説・ジュリスト九三五号「一九八九年」)。

(二六六) 岩崎・注(一)「商法の適用範囲」七〇頁・八〇頁注(38)、西原・注(一〇〇)「商行為法七六頁以下。なお、佐藤敏昭「質掲と加工業」前掲・注(二六五)判例百選八〇頁以下。

四 要するに、第一次産業について前節で述べたように考えるならば、鈴木博士がいわれる「商人的経営」とか「商人的経営組織」というのは、企業としての営利事業活動や営業活動組織と同意義ということになる。したがって、企業の法的概念・法的構造を明確にしさえするならば、商法の対象となる企業を、あえて「商」企業に限定する必要はないわけである。

このような考え方に対して、民法も広い意味では企業法なのであるから、民法の対象に対する商法の対象の特異性を抹殺しないために、企業に何らかの限定を加える必要があり、鈴木博士が「商」企業という限定を付けられる意義は理解できるという見解がある。^(二六七)

たしかに、民法も広い意味では企業に関する法ではある。しかし、民法が対象とする「人」と商法が対象とする「企業者」は、その存在構造において共通する部分ばかりではなく、異質な部分を有している。^(二六八)したがって、商法の対象

たる企業者の特異性を鮮明にするために、企業の上に「商ないし」商人的」という限定を付ける必要はない。

にも拘わらず、三藤博士が右のような主張をされるのであれば、博士が民法上の人と商法上の人、即ち商人とは類型的に異なるとされたことと調和しないことになる。のみならず、右の三藤説は、商法^(二六九)企業法論において民法の対象が不明確であり、民法と商法の区別が明らかではないとする田中(輔)博士の批判を背後から支えることになり、商的色彩論を高く評価すること^(二七〇)に繋がっている。

西原博士は、商法の対象をして内容の不明確な「商ないし」商的」という概念の本質を歴史的・経済的に探究して「企業」の概念に到達したにも拘わらず、鈴木博士のように商法の対象を商企業に限定する試みは、再び出発点であった「商ないし」商的」という概念に逆戻りするだけでなく、「問を以て問に答える」こととなり、結局は沿革的説明に帰着することにならざるをえない、と批判されているが、この批判の方が妥当である。^(二七二)

このような批判が加えられた所為かどうかは明らかではないが、その後、鈴木博士は「商法の対象を、企業ではなく商企業と認めたこと」について、さらに再検討の必要が感じられるとされるに至った。^(二七三)しかし、その答は出されていないし、商的色彩論との関係を検討し直されるのか否かも、不明なままである。^(二七四)

なお、田中(誠)博士も、かつては商法を商的企业に特有な法、即ち「商業」もしくは「法律上これに類似する制度を必要とし、これに類似して取扱われることを必要とする企業」に特有な法と解されていた。^(二七五)

しかし、この定義の仕方は商法の規定と調和する点では適当であるが、商法典の規定だけによりかかることになるので形式的にすぎ、商法上の企業の実質を示さない弱点があるから、これを補うために、その実質に触れた説明をする必要があるとして、前掲・注(二四四)のような定義に修正されている。^(二七六)

この新しい「企業」の定義において、「営利の目的」という要素を重視されないとともに、本質的な問題がある(第三章一〇節参照)。その反面、不定量の利潤を獲得するために「計画的にかつ継続的に資力と労力とを投じて、経済的給

付を供給する行為」をなすための「特殊の施設もしくは組織を有する」ことを重視されている。

というのは、取引の安全のためには、取引の相手方が企業と認めるための外観が必要である、という理由に基づいている。^(二七七)つまり、取引の安全のためには、自分が取引をしている相手は企業なのだと認識し、この取引をめぐる

紛争の解決には商法が適用されることを認識するための外観が必要である、とされるわけである。

これは、私見にいう企業の本質をなす「営利事業意思」が客観的に発現し、外部から認識可能な状態になっていることを、「商法上の企業」のメルクマールとされていることになり、鈴木博士の商人的経営や商人的経営組織と差したる違いはないように思われる。ということは、企業概念に「商的」という限定詞を付けても付けなくても、大して変わりはないことになる。

しかも、特定の取引をめぐる紛争の解決に民法を適用するのか、商法を適用するのかを明確にするためであれば、「特別私法としての商法は、いつから適用されるのか」という問題、つまり「商人資格の取得時期」の問題として解決すれば足ることであり、形式的な企業の定義づけの問題とは関係のないことである。

むしろ、この問題を解決するためには、企業者の存在構造に照らしながら、第三者にとつて、どのようなメルクマールが存在すれば、自己の取引の相手方が企業(者)であることを客観的に認識することが出来るのか、ということが重要な基準になる。

だとすれば、商法の対象を企業一般とするのでは広すぎて、実定法の規定と合致しないということで、それを限定するために「商」企業とか「商的」企業という限定を付けるまでもないだけでなく、「商」とか「商的」という限定が客観性を有しうるのかと問題を孕むことになる。それと同時に、どのような目的のために「企業」概念の検討を行っているのか、その問題意識に立ち帰って考え直す必要さえ生じてくる。

つまり、単に現行商法を整合的に説明することを目的としているのか、裁判や立法に役立つことを目的にしてい

るのか、ということを明確にしておく必要がある。

注(二六七) 三藤・注(二六)六三頁。

(二六八) 第三章七節参照。

(二六九) 前掲・注(一〇二)(二二八)参照。

(二七〇) 第二章一六節参照。

(二七一) 前掲・注(五六)(一〇二)(一五四)、および後掲・注(四〇三)参照。

(二七二) 西原・注(一)商法論二五頁注(四)、同・注(一一〇)法哲(8)一二頁、同・注(一六七)田中還暦六頁。同旨、石井・注(六)六頁、長谷川・注(五六)二二頁。

(二七三) 鈴木・注(一二六)「企業法的考察」四一頁。

(二七四) 落合・注(二五)ジュリ一一〇二号三八頁は、鈴木博士の商企業論は商的色彩論の延長線上において、商的色彩を帯び

る法律関係の特別需要を生み出す企業を商企業に限定したと考えられるが、博士が右の限定を放棄された場合、企業関係の特別需要は商的色彩を帯びるとの立場そのものが変容を迫られることになりはしないだろうかとされる。

(二七五) 田中(誠)・注(一二六)「重要問題」四頁以下・二頁、同・新版商法総論(全訂版)「千倉書房・一九六一年」一〇頁以下。田中

(誠)説に対する批判として、石井・注(六)六頁。

(二七六) 田中(誠)・注(二四三)「企業概念」七頁。

(二七七) 田中(誠)・注(二四三)「企業概念」八頁以下。

(二七八) この問題については、北沢正啓「商人資格の取得時期と開業準備行為の附属的商行為性」株式会社法研究「有斐閣・一九七六年」四二四頁以下(初出・鈴木竹雄先生古稀記念・現代商法学の課題(上)「有斐閣・一九七五年」)、同「商人資格の取得時期」商

法の争点(第二版)「有斐閣・一九八三年」一六頁以下。なお、北沢「商人資格の取得時期」前掲・注(二六五)判例百選一四頁以下。

五 商法の対象を「商」企業に限定されていた鈴木博士は、手形制度が具体的に「商」企業と関連を有するや否やを問わずに、常に「商」の範囲に収容されているのは、その抽象的な制度自体が「商」企業との関連を認められるためであ

ると説明されている。さらに、投機売買(商五〇一条一号・二号)や相互保険等のように「商」企業に該当しないものに商法の規定が準用を見る事例(商六六四条・六八三条)が存するが、これらについては「商」企業の需要を部分的に備える以上、その部分につき「商」企業の需要に応ずるための法である商法の適用を拡張するに至るのが当然であるから、これを「商」企業からの部分的拡張として捉えれば容易に理解しうるのではないかとされる。^(二七九)

しかし、手形・小切手という制度は「商」企業との関連を認められるからだとか、投機売買は「商」企業の需要を部分的にせよ備えているからだという理由づけをするのは、手形・小切手が「商」の範囲に収容されていたり、投機売買にも商法が適用されるという現状を説明するために、商法の沿革に依拠しているにすぎない。

したがって、このような捉え方は商的色彩論に親和的ではあるが、^(二八〇)経済社会の進展に対応した商法の対象を見直し、商法を企業に関する法とか、企業に特有な法と解する立場とはなじみ難い。したがって、大方の商法^(二八一)企業法論者の採用するところとはなっていない。

民商法二元主義の下で、手形法・小切手法は民法よりも商法において取扱う方が適切であると考えるのであれば、これらの規範は企業に固有の法としての狭義の商法には入らないが、企業に関する法として広義の商法に入る規範として位置づければ済むことであろう。^(二八二)

また、相互保険会社や協同組合に商法を通用ないし準用すべきか否かという問題は、企業(者)の本質をなす「営利事業意思」を狭く解するのか、独立採算制までを含めて広く解するのかという問題に係ることである。したがって、鈴木博士の説かれる「商企業の部分的拡張」とは、企業(者)の存在構造に係る問題、即ち企業(者)の本質的要素を拡張して捉えるか否かの問題として処理すべきである。

なお、鈴木博士は商法を私法に限定する往時の通説に対して、企業法的法律関係の特別需要を充たすために、私法法規と分離し難い有機的関連性を有する公法規定は、経済主体間の利益の調整機能をもち、商法の中核をなす諸

制度・諸規定と密接不離の關係において取扱われることが必要であり、商法に属させるべきだとされていた。^(二八四)

しかし、その後、商法と同じように経済主体間の利益調整を目的とする公法規定のうち、私法的性質のものは商法に所属させて問題はないが、公法的性質のものは「法的手段において商法と異なるので、商法に一樣に所属させることが行きすぎではないかと考える」として、再考したいとされるに至っている。^(二八五)

先に述べたように、商法を最広義・広義・狭義の商法に整理するようならば、右のような公法規定は最広義の商法なり広義の商法として位置づければ足りよう。

注(二七九) 鈴木・注(一二六)「企業法的考察」三四頁以下。なお、鈴木説と同じように手形法・小切手法を商法に含める説として、

田中(誠)・注(一)詳論一二九頁、竹内・注(六)講座(1)二三頁、鴻注八八頁、古田・注(一五)福法一〇巻二号一三〇頁・一六二頁、実方・注(一〇三)七頁。

(二八〇) 手形・小切手に關して、田中(誠)・注(一)概論六八頁以下、同・注(一〇)「組織法」二五六頁以下・二六三頁以下、同・注(一四)「方法」八五頁以下・九六頁以下。

(二八一) 商法「企業法論の立場から、手形法・小切手法を実質的意義の商法から除外する説として、西原・注(一)「商法論」二二七頁以下、同・注(一)「商法学」二八二頁、同・注(一)「商法」一四四頁、同・注(一〇七)「講義」一四二頁以下、大隅・注(一)「三八頁以下、服部・注(一)「一三頁(但し、有価証券法が民法と商法のいづれにより近いかといえ、商法により近いとされる)」、石井・注(六)九頁、上柳・注(三五)三九頁。

(二八二) 最広義・広義・狭義の商法については、第二章一五節参照。

(二八三) 協同組合の商人性の問題に關しては、前掲・注(二六五)参照。独立採算制をとる事業体を商法の対象たる企業に含める田中(誠)説については、第三章一〇節参照。

(二八四) 前掲・注(一二六)参照。

(二八五) 鈴木・注(一二六)「組織と行為」一六四頁注(五)。なお、同論文・一六二頁、鈴木・注(一二六)「企業法的考察」四一頁。因に、落合・注(二五二)ジュリ一〇二号三八頁は、鈴木博士が公法的法規を商法に属させたこと、さらには、そのことを

再考されることに關する疑問を提示されている。

六 ところで、「資本主義經濟の発達にともなう企業の生活秩序という特殊な対象を規整する必要から生じた商法」は、「企業そのものの生活秩序に關する法」であるとされる石井博士は、^(二八七)商法の対象とする企業とは「資本主義經濟組織のもとにおける一つの統一ある独立の經濟單位として、継続的・計画的な意思をもつて、資本的計算方法(いわゆる資本に対する利廻り計算をなして)のもとに、営利行為を実現するもの」であると定義される。^(二八七)

その限りでは、他の企業法論者と大差はない。しかし、右の企業概念は極めて広く、独立の經營單位として独立採算制をとるものも含まれるだけでなく、運送業・倉庫業・商品売買業などの各個の具体的な企業につき、その經濟体制における具体的な地位や經濟的性格を捨象した抽象的な概念であり、これら各種の企業に共通する、いわば「最大公約数」的な概念としての、資本的經營單位としての企業のことであり、^(二八八)すべての企業に最小限共通なことは、資本主義經濟組織のもとにおける一つの「資本的經營單位」ということであるとされる。^(二八九)

このように、石井博士の企業概念は後半部分に特徴があり、商法の対象を商企業に限定される鈴木説の對極をなしている。^(二九〇)

したがって、鈴木説を批判される西原博士でさえも、石井博士が商法の対象である企業概念を抽象的な概念であるとする点に対しては、「經濟秩序や歴史性を捨象して、専ら個体相互間の利益の調整を図る自然法的面のみを商法と見るときは、商法の内容的発展の必然性を理解し難くなる虞れがある」と^(二九一)批判されており、他の企業法論者からも同様の批判が加えられている。^(二九二)

しかし、石井説において、各個の具体的な企業につき「その經濟体制における具体的な地位や經濟的性格を捨象」して、企業を抽象的な概念として理解するというのは、「国の企業に対する具体的な社会的・經濟的政策」や各種業法・

統制法令が各種の事業について特殊の配慮をなしている側面を捨象し、自由主義経済であるか統制経済であるかを問わず、「資本的経営単位としての企業」について最小限共通する側面に着目し、企業を権利義務の帰属主体として捉える反面、商法と業法の行政的な監督・保護規整の部分や経済法とでは対象把握の方法や、その法規整の理念を異にするから、これらの業法や経済法は実質的意義の商法に含めないというにすぎず、批判説が非難するように商法の歴史性や社会的基盤との関係までもも捨象するという意味ではないのではあるまいか。

要するに、石井説と他の企業法論の違いは、石井説においては業法の行政的な監督・保護規整と経済法のいずれについても実質的意義の商法に含めないところにあり、このことと「抽象的概念としての企業」という表現を用いられていることが合わさって、右の批判説のような誤解が生じたのではないかと思われる。

石井説においても、商法典を意味する「形式的意義の商法」と、独立の学問部門・独立の法学の対象として統一的理念によつて総合的・体系的に構成せられうる特別の法領域としての「実質的意義の商法」は区別されつつも連関づけられており、「形式的意義の商法」は、それぞれの時代における経済的・社会的需要の所産として、その時代の要請に応じるものとして、一つの歴史的品格をもつことを認められているのである。

むしろ、石井博士の企業概念について問題となるのは、他の企業法論者と同じように経済学上の企業概念を、そのまま商法の対象である企業の説明に援用され、法学に固有の企業（者）概念を形成されていないところにある。つまり、権利義務の帰属主体としての企業（者）を法学固有の観点から捉えていない点において、他の企業法論者と同じ難点を共有しているのである。

なお、民法を商品交換関係を規律する法と解する立場から、商的色彩論は民法と商法の区別の標準として十分に適確だとはいい難いとされる舟橋博士は、民法に対して商法が独自の存在を主張しようようになったのは資本制社会になつてからであり、資本家的企業の発生が、これに関する特別法を要求するに至つたのであるから、商法を企

業に関する特別法だとする通説は正当であるけれども、そこにいる企業は企業一般ではなく、特に資本家的企業を意味するものと解すべきであり、経済法との対照上、自由競争的産業資本的段階に対応する資本家的企業だけを考^(二九七)えるべきであろうとされる。

商法を企業法と解する通説が経済学の企業概念を借用する場合、中世の投機的・冒險的な企業家ではなく、近代以降の「資本家的企業」を前提にした企業概念に依拠している。したがって、商法の対象となる企業を「資本家的企業」に限定すべしとされる舟橋博士の提言は、「いわずもがな」の当然のことを述べているにすぎない。

しかし、商法「企業法を前期的資本ではなく、近代の「資本家的企業」に関する特別法とする場合に、「なぜ」産業資本段階の企業に限定し、金融資本段階以降の企業を排除されるのか、その根拠は明らかではない。

舟橋博士は「自由経済的企業法たる商法は、統制経済的企業法、すなわち経済法に転化するに至^(二九八)つた」ことを根拠とされるようであるが、商法と経済法の関連性は認めながらも両者を区別する立場に対して、右の舟橋説は説得力に欠けている。のみならず、金融資本段階を代表する企業、即ち株式会社を抜きにして現代の商法「企業法を理解することは不可能であり、舟橋説は理論的・歴史的考察に欠けるところがあるといわざるを得ない。

注(二八六) 石井・注(六)二頁・三頁。なお、六頁。

(二八七) 石井・注(六)六頁。

(二八八) 石井・注(六)三頁・六頁・九頁以下・二三頁。同旨、竹内・注(八)理論一三頁以下。

(二八九) 石井・注(六)四頁。

(二九〇) 石井・注(六)六頁。石井博士は鈴木説を批判されているわけではないが、鈴木説と同じように商法の対象を商的企業に限定されていた、田中(誠)博士の旧説を批判されている[前掲・注(二七五)参照]。

(二九一) 西原・注(一)商法論二六頁注(一)。

- (二九二) 大隅・注(一)三七頁注(二)、田中(誠)・注(一)詳論一六頁、同・注(一二六)「重要問題」九頁以下。
- (二九三) 石井・注(六)三頁以下・六頁以下・二三頁以下。
- (二九四) 石井・注(六)六頁・二三頁以下・二四頁以下。
- (二九五) 前掲・注(一二六)(一八八)(二三二)(二八四)参照。
- (二九六) 石井・注(六)一頁以下。
- (二九七) 舟橋・注(七七)九頁以下。
- (二九八) 舟橋・注(七七)一〇頁。

七 商法の対象を商企業に限定された鈴木博士の商法論に話を戻すと、博士の商法「企業法論の第二の特徴は、ミューラー＝エルツバッハや田中(耕)博士が重視された法律学上の「概念の相対性」「法律概念の相対性」という考え方を引継いで、^(三〇〇)法律学で用いる企業概念についても「流通の対象としての企業」と「侵害の対象としての企業」を区別され、この二つの企業概念は全く別異のものであり、両者を単純に結合して統一的に概念構成することは不要であるばかりか、かえって妥当を欠くとされる点にある。^(三〇一)

さらに、「流通の対象としての企業」も営業譲渡の場合と担保に供する場合とは、必ずしも一体たる企業の包括的取扱いの必要の程度が同一ではないし、譲渡の時期・譲渡される範囲等についても、常に画一的に取扱うことは出来ないし、「侵害の対象としての企業」に関しても、その侵害が直接的か間接的かによつて対象が異なるとされる。^(三〇二)

このような鈴木博士の立場からすれば、従来の学説は抽象的な企業という名称にとらわれ、あるいは理論的形式の統一を欲する余り、しばしば「流通の対象としての企業」と「侵害の対象としての企業」の違いを不当に無視して、無用の混乱を招いていると映る。

企業のように複雑で多面的な社会的存在については、各個の法律問題は実質的には、唯その一面を捉えているに

すぎないが、形式的には一様に企業を対象としていたために、その一面的考察の結果が真に及びうる限度を忘却して不当に拡張し、一般化して、相対的限界を無意識の中に踏み破る危険が見られるので、問題の個別化による考察方法を採用、「概念の相対性」を明確に把握することによって問題の混乱を整理し、学説の紛糾を整理する必要があるとされる。つまり、一般的・形式的な統一的考察を行うのではなく、問題の差異・実体を意識した個別的考察、個別的な問題に即した概念ないし理論の構成を行うべきだとされる。^(三〇三)

「法律概念の相対性」という問題は、例えば営業譲渡という概念について、同じ商法の内部においても、商法二五条以下の営業譲渡と商法二四五条一項一号の「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」を同一の意味に解すべきか、立法目的の違いに依じて違った意味に解すべきかという形で登場している。^(三〇四)さらに、商法が規定する営業譲渡や営業譲受と独禁法一六条一項一号が規定する「他の会社の営業の全部又は重要部分の譲受け」は同一の概念か否かという形で問題となる。^(三〇五)

右の第二の問題と同じように、異なった法分野における「概念の相対性」の問題は、刑法と民法の間において発生することは周知のとおりである。例えば、「人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盗ノ罪ト為シ」と規定していた旧刑法三六六条の所有「物」と、「この法律において『物』とは、有体物をいう」と規定する民法八五条の「物」は同一の概念か否かということが、「電気は物か」という形をとって刑事裁判で争われたことがある。^(三〇六)（大判・明治三六年五月二日・刑録九輯一四卷八七四頁）。

また、「人」の始期に関して民法と刑法とで取扱いが異なっていたり、^(三〇七)「占有」概念についても民法と刑法とでは考え方に違いがある。^(三〇八)

「法律概念の相対性」の典型をなす、これらの例から分かるように、形式的には同じような表現を用いていても、民法と刑法、あるいは商法と独禁法、そして同じ商法の中においても二五条以下と二四五条の立法趣旨・立法目的が

異なるのに応じて、それぞれの立法趣旨・立法目的に合わせた意味内容を与えなければならない。

注(二九九) Müller-Erzbach, Relativität der Begriff und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, Jherings Jahrbuch Bd.61, 1913, S.1 ff.; Derselb, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., 1928, S.73 田中(編)・注(一)概論二〇頁、同・注(一〇)「組織法」二五九頁、同・注(三六)「解釈論」二〇三頁以下、同・注(四四)「技術的法」三一六頁、同・法律学概論[学生社・一九五三年]五一五頁以下。

(三〇〇) 鈴木・注(六)「商人概念」一〇九頁、同・注(二六)「組織と行為」一五七頁・一六三頁・一六七頁・一七〇頁、同・注(一二二)「流通の対象」一七三頁・二〇一頁、同・注(二四八)「進路」三頁。

(三〇一) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」二〇〇頁、同旨、大隅・注(一)二八六頁・二九六頁、大山・注(八)高窪還暦六頁・二二頁。なお、古田・注(一五)福法一〇巻二号二五六頁、同・注(一五)福法一五巻一号六七頁。

(三〇二) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」二〇〇頁。

(三〇三) 鈴木・法(一七二)「流通の対象」一七三頁以下・二〇〇頁。

(三〇四) この問題に関する判例・学説については、上柳克郎「鴻 常夫」竹内昭夫編・新版注釈会社法(5)「有斐閣・一九八六年」二六三頁以下「落合誠一」、宇田一明「営業譲渡と株主総会特別決議の要否」営業譲渡法の研究[中央経済社・一九九三年]一三二頁以下(初出・札幌学院法学七巻一号・八巻一号「一九九〇年・一九九一年」)。

(三〇五) この問題に関しては、落合・注(三〇四)二七九頁、宇田・注(三〇四)一二七頁以下。

(三〇六) この事件については、日沖憲郎「電気は物か」ジュリスト二〇〇号・判例百選(一九六〇年)二頁以下、石堂功卓「財物の概念―有体物説と管理可能性説―」刑法の争点(新版)「有斐閣・一九八七年」二四三頁、船山泰範「財物の意義」刑法の争点[第3版]「有斐閣・二〇〇〇年」一五四頁。なお、現在では、刑法二四五条が「この章の罪については、電気は、財物とみなす」と規定して問題が生じる余地がないようにしている。

(三〇七) 宮野 彬「人の始期と終期―心臓移植手術に関連して―」前掲・注(三〇六)刑法の争点(新版)二一八頁、甲斐克則「刑法における人の概念」前掲・法(三〇六)刑法の争点・第3版二四一頁以下。

(三〇八) 香川達夫「刑法における占有の意義」日本刑法学会・刑法講座第六巻「有斐閣・一九六四年」一七頁以下、石原 明「刑法における占有の意義」中山研一ほか編・現代刑法講座第四巻「成文堂・一九八二年」二二七頁以下、江藤 孝「占有の概念」前掲・注

(三〇六)刑法の争点・新版二四六頁以下、大越義久「占有の概念」前掲・注(三〇六)刑法の争点・第3版一六〇頁以下、佐伯仁志「道垣内弘人」占有「刑法と民法の対話」有斐閣・二〇〇一年「一五九頁以下。

八 それでは、商法を企業に特有な法とか、企業に関する法とした上で、企業の法的概念を形成する場合にも、個別の問題ごとに相対的に作らなければならず、統一的な企業概念を作るのは間違っているであろうか。

つまり、鈴木博士が主張されているように、「企業なるものは本来社会的な実在として法律秩序に先在し、それ自身は包括的な多面性を有するものであるが、法はただそのある面のみをとらえてこれに結びつくのにすぎないから、企業の法律的概念ないし理論もひつきようそのとらえた面と相対的な意味においてのみ妥当性を持つにとどまるものである」。にも拘わらず、「特定の概念ないし理論をその本来の地盤から遊離させて不当にこれを一般化し、あるいはまた、本来異なる面の問題を取り扱う数個の概念ないし理論を同じ面に並立させてその是非を論じる等、往々にして右の相対的限界を無意識の中に踏み破っている」ところに、「企業に関する学説の争いが非常な紛糾を生じるにいたった一大原因」がある。したがって、「『概念の相対性』を明確に把握することによって学説の紛糾は著しく整理されうるのではないか」とされるが、果たして、このような考え方で従来の企業法論が抱えていた問題を解決できるのだろうか。^(三〇九)

私の見るところでは、従来の企業法論者は経済学の企業概念を、そのまま借用することで満足してしまい、法学に固有で統一的な企業(者)概念を作り出そうともしていないところに根本的な難点があることは、これまでに何度となく述べてきたところである。そして、企業の経済概念で満足しているという難点が、客観的意義の営業の捉え方や営業譲渡の捉え方を混乱させ、さらには主観的意義の営業と客観的意義の営業を区別・連関づけて捉えることにより、法的概念としての統一的な企業概念を形成しようという問題意識さえ持つことが出来ない状況をもたらした

ているのである。

したがって、鈴木博士が説かれるように、個々の問題ごとに相対的な企業概念を作り、個別的に考察すれば、学説の紛糾が整理され、問題の混乱が治まるというような単純なことではないように思われる。鈴木博士がいわれるように、企業は「複雑で多面的な社会的存在」であるからこそ、これを単純明快で分かり易く構成するのが学問・理論法学の仕事であり、個々の問題ごとに妥当な処理するのは実務（実用法学）の仕事である。だとすれば、企業の法的概念も、個々の問題ごとに相対化する前に、統一的なものが構成できるか否か試してみるのが、理論家のなすべき任務である。

なお、西原博士は鈴木博士が「流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業とが異なることを強調される趣旨は、理解され得る」としながら、「企業概念の相対性は、労働法その他の法域との関係においては考えられるが、商法解釈学の領域では、能うかぎり統一的に構成するのが、学的課題として当然であると思われる」とされる。^(三二〇)

しかし、「営業譲渡」という概念につき商法の内部においても、二五条以下と二四五条一項一号を統一的に捉える必要があるか否か、統一的に捉えるのが妥当か否か、見解が分かれることは、前節で見たとおりである。だとすれば、「商法解釈学の領域では、能うかぎり統一的に構成するのが、学的課題として当然である」と無条件に言えるか疑わしい。また、「企業概念の相対性」は労働法との関係においては考えられる」と無条件に言えるかとなると、これも疑問である。

注(三〇九) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」二七三頁。

(三一〇) 西原・注(一一〇)法哲(8)八頁注(一〇)、同注(一六七)田中還暦二頁注(10)

九 営業譲渡や会社の合併・分割が行われた場合に、労働契約も当然に承継されるのかという問題がある。^(三二)この問題は、商法における営業譲渡や会社の合併・分割を前提にした上で、労働者(従業員)の保護という面で、どのような配慮を行うかという問題であり、商法と労働法との間で「法的概念の相対性」が問題となるような例ではない。このことは、会社の分割に関して『会社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律』^(三三)という特別法が制定されていることからも明らかである。

この例とは異なり、労使紛争に関して、商法の企業概念とは関係なく労働法固有の概念が形成されているように見える事例がある。

例えば、労働者の権利に対抗するために、使用者の「経営権」が強調されたことがある。この「経営権」は労使関係に特有な概念で、商法の企業概念とは相対的に独立しているような印象を与えている。しかし、この「経営権」は第三章七節において示した私の企業者の構造論という営業活動権、あるいは営業活動権と営業財産権とから成る営業権に該当する権利であり、この権利とは別に、労使関係(労使紛争)のために「経営権」という新しい概念を作る必要はない。^(三三)

また、最近の労働法の判例は、使用者の「業務命令権」や「業務指揮権」「施設管理権」という概念の上位概念として、「企業秩序」という概念を用いている。^(三四)しかし、「業務命令権」「業務指揮権」は私見にいう企業者の実体である営業権の動態面をなす営業活動権が被用者に対して発動された姿である。

「施設管理権」は私見にいう企業者の実体の静態面をなす営業財産権(最広義の占有権)が被用者や労働組合に対して行使される姿、^(三五)あるいは私見にいう企業者の現象形態をなす所有権や賃借権が、被用者や労働組合に対して発動する姿である。そして、これらの財産権が発動している姿そのものを動態として捉えれば営業活動権ということになる。

だとすれば、「業務命令権」「労務指揮権」や「施設管理権」の上位概念とされる「企業秩序」は、私見にいう営業活動権と営業財産権とを総合した営業権が被用者や労働組合に対して発動された姿にほかならない。

したがって、労働法の分野において新しい概念を用いるとしても、これらの概念は企業者の法的構造を把握するための営業権や営業活動権・営業財産権という概念に包摂される下位概念・部分概念ということになり、独自性を有する概念ではないことになる。だとすれば、商法と労働法の間において、無条件に「概念の相対性」を認めることは出来ないことになる。

それは扨措き、前節において紹介した西原博士は、侵害の対象として考察されるべきは「企業のいかなる利益が侵害されるか」ということであって、「不法行為の要件として権利の有無に拘泥しない以上、企業ないし企業権の概念構成とは直接関係のないことである」とされている。その上で、「法主体として全体的存在である企業が、その各種の断面において各種の法律関係を生ずるのは事実であるが、この部分的法律関係と企業概念とを結びつけて、企業概念の相対性を主張されることには疑問がある」として鈴木説を批判されている。^{三二六}

西原博士が説かれるように、全体的存在である企業者については、その全体像を捉えるべきであって、鈴木博士のように部分的法律関係に依じて相対的な企業概念で満足すべきではない。しかし、「企業のいかなる利益が侵害されるか」という問題は、企業者の全体構造の中のどの部分が侵害され、その結果として企業者の全体構造にどのような不利益が生じているのかという問題である。^{三二七}だとすれば、「侵害の対象としての企業」の問題も企業概念構成と直接関係を有することになり、「不法行為の要件として権利の有無に拘泥」するかしんかとは関係のないことである。

というのは、民法七〇九条の一般的不法行為の要件としての「権利侵害」というのは、「正当な根拠なしに、他人の権利利益を侵害してはならない」という不可侵義務に違反して違法に（正当な根拠なしに）他人の利益を侵害すること

を指しているが、どのような利益が侵害されたかに応じて、発生する損害も異なってくる。したがって、どのような利益が侵害されて、どのような損害が発生するのかわかるためには、被害者たる「人」や「企業者」の存在構造を把握しておく必要があるわけである。つまり、「人」や「企業者」の法制的概念を明らかにしておく必要があるわけである。

注(三二) 営業譲渡や会社の合併と労働契約の関係をめぐる見解の対立について概観・整理した文献として、宇田一明「営業譲渡

と労働関係の承継の有無」前掲・注(三〇四)「営業譲渡法の研究」三三頁以下(初出・札幌商大論集(商経編)三一〇号「一九八二年」)、荻沢清彦「合併・営業譲渡の場合における従業員引継ぎ」商法の争点(第二版)(一九八三年)一九四頁以下、清正 寛「企業合併・営業譲渡と労働契約(労働法の争点(新版)(一九九〇年)二〇六頁以下、山下真弘「商法学からみた企業合同と労働契約関係」商法の解決の限界と労働法上の問題」会社営業譲渡の法理(信山社・一九九七年)二九七頁以下、初出・島大法学二六号「一九七七年」、同「企業結合・消滅と労働契約関係」前掲書三二五頁以下(初出・上柳克郎先生還暦記念・商事法の解釈と展望「有斐閣」一九八四年)。

(三二二) この特別法については、荒木尚志「合併・営業譲渡・会社分割と労働関係」労働契約承継法の成立経緯と内容」ジュリスト一八二二号(二〇〇〇年)一六頁以下、労働省労政局労政課「労働契約承継法」ジュリスト一八五号(二〇〇〇年)七四頁以下、山川隆一「会社分割と労働関係」会社の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」法学教室二四二二号(二〇〇〇年)八頁以下、安枝英神「会社分割と労働関係」法学教室二四三三三(二〇〇〇年)三三頁以下。

(三二三) 拙稿・注(二八)佐賀一二巻三五五四頁以下。なお、同論文五九頁注(二)で引用している石井説は「経営権」という概念を不要とされる点では私見と一致する。しかし、石井博士は企業(者)の法的構造を分析されていないために、「経営権」を企業(者)の実体をなす営業権や営業活動権の一機能として位置づけることは考えられておらず、私見という企業(者)の現象形態としての所有権ないし財産権の一機能として考えれば足りるとされる。

(三二四) 代表的な判決として、最判・昭和五四年一〇月三〇日・民集三三巻六号六四七頁。本件の評釈として、中山和久・労働判例百選(第五版)(一九八九年)二四六頁以下、青野 覚「同」第六版(一九九五年)一八六頁以下、大沼邦博「同」第七版(二〇〇二年)二〇四頁以下。

「企業秩序」論に対する労働法学者の見解については、西谷 敏「施設管理権の法制的性格とその限界」大阪市大・法学雑誌二六

卷三「四合併号（一九八〇年）二四七頁以下、初井常喜「最高裁判例にみる『企業秩序』論の系譜と特質」斎藤忠昭弁護士追悼・人權と司法〔勁草書房・一九八四年〕三七頁以下、角田邦重「企業秩序と組合活動」労働法の争点（新版）（一九九〇年）三四頁以下、辻村昌昭「企業秩序論の外延化と組合活動法理の転位」ピラ配布等の労働組合情宣活動をめぐる判例を素材として」法学新報（一九九一年）一〇合併号（一九九五年）一五五頁以下。

（三一五） 拙著・注（二〇）所有権一九〇頁、拙稿・注（二八）佐賀一二卷三号四四頁以下。

（三二六） 前掲・注（三一〇）参照。

（三二七） 拙稿・注（二八）佐賀一二卷三号四〇頁以下。

（三二八） 私の独自の方法論を用いて解明した一般的不法行為の全体像については、拙稿「不法行為とは、どのような法現象か」(下)「一般的不法行為（民七〇九条）の論理構造」佐賀大学経済論集三七卷一号（二〇〇四年）一五七頁以下・三七卷二号（二〇〇四年）一五三頁以下。

一〇 鈴木博士は、(1)流通の対象たる企業の問題は企業の所属の変更が問題であるとされる。したがって、そこで取り上げられるのは客観的なものに当然限られるが、組織体の構成に必要と認められる限り、すべての部分を一体として包括しなければ意味をなさないし、組織体が現に形成され、實際上、譲渡の可能性を有さなければならぬことも当然のことであるとされる。^(三二九)

(2)これに対して、侵害の対象たる企業に関しては、その機能の侵害が問題である。したがって、主観的な活動として企業を捉えるのは自然であり、客観的存在として捉える場合にも侵害を受けた部分の問題として取り扱えば足りるから、組織体の全部を包括することを要しないし、客観的存在も既に立派に形成された営業組織^(三三〇)がなくても、その機能によって利益を収めうべき可能性の基礎たる事実さえあれば、それで充分であるとして、流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業の違いを整理されている。

(3)そして、大学湯事件^(三三一)のように、流通の対象たる企業に関して眼目をなす所属の問題が不法行為による侵害の対

象として現われる場合がある。しかし、これは企業活動自体が侵害されたものでもなければ、企業者がその活動によって得べかりし収益を侵害されたものでもなく、企業が客観的財貨として持つ価値自体が侵害されているのである。(2)の場合には客観的な意味の企業が間接的方法によって侵害されるのに対して、(3)の場合は直接的に侵害されているという差異があることは、充分強く認識する必要があるとされる。^(三三三)

(4)要するに、鈴木博士によれば、企業を流通の対象として見るときは、その機能を営むため必要な一切の構成要素を包括的に捉えなければならないのに対して、侵害の対象として見るときは、各構成要素に対する個別的侵害として捉えれば足りる。したがって、流通の対象たる企業に所属する諸構成要素中、すでに実定法上具体的に承認されている権利に対する侵害として処理しうるものについては、特に企業の侵害として取り上げる必要はなく、具体的な権利として捉えられない残余の価値のみが、ここに企業として保護を要求する。即ち、建物・器具等の営業財産から引き離れた抽象的な事実関係は、流通の対象としては意味をなさないが、不法行為による侵害の対象としては企業概念を形成するとされる。^(三三三)

注(三一九) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」一九四頁。

(三二〇) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」一九四頁以下。

(三二二) 大判・大正一四年一月二八日・民集四卷六七〇頁。本件に対する諸評釈については、拙稿・注(三二八)佐賀三七卷一号一五八頁注(二)参照。

(三二三) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」一九八頁。

なお、企業に対する不法行為によつて惹起される「企業損害」や「間接被害者」をめぐる民法学説については、拙稿・注(三一八)佐賀三七卷二二〇三頁注(二五八)参照。

(三三三) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」一九九頁。

一一 前節で整理・要約した鈴木説の(1)の部分は、私見という最広義の占有権ないし広義の占有権としての営業財産権の譲渡に相当するものである。(2)の部分は、私見という営業活動権の侵害に相当する。(3)の部分は、私見という営業財産の中核をなす「事実関係」の侵害の問題である。したがって、その侵害は、私見では営業財産権の侵害ということになる。

そして、(4)の「実定法上、具体的に承認されている権利に対する侵害」というのは、私見という企業者の現象形態として、企業者に帰属している個々の権利が侵害される場合に相当する。このような侵害があった場合、鈴木博士が主張されているように「特に企業の侵害として取り上げる必要がない」わけではない。企業者に帰属している各個の権利が侵害された結果、直接的に営業活動に悪影響が出たり、営業財産の有機的・組織的一体性が損われることになったために損害が発生しておれば、この損害についても賠償の請求をすることが出来る。この点において、企業(者)の現象形態としての個々の権利の侵害に止まることなく、企業者の実体に対する侵害と見ることの意義が存在する。

(4)の後半部分の「建物・器具等の営業財産から引き離れた抽象的な事実関係」とされるのは、(3)の「事実関係」に他ならない。したがって、この「事実関係」の侵害は営業財産権に対する侵害であり、有機的・組織的一体としての営業財産を構成している個々の権利の侵害と同じ次元(私見という企業の現象形態次元)に位置づけるべき事態ではない。

第三章七節で展開した、私の企業(者)の存在構造の分析を基準にして鈴木説を位置づけ直すと、博士が区別される「流通の対象としての企業」と「侵害の対象としての企業」は、個々の問題に応じて対象となる部分は企業の存在構造上の位置づけが異なっているという当然のことを主張しているにすぎない。つまり、企業が「流通の対象」になっているのか、「侵害の対象」になっているのかの違いに応じて、統一的な企業(者)の全体構造の中で取り上げられる部分が違っているというにすぎず、企業概念は相対的でなければならないということを論証されているわけではない、

統一的な企業概念が形成されないことを論証されているわけでもない。

だとすれば、西原博士が、今日では不適切とされるような表現を用いて批判されているように、鈴木博士の相対的な企業概念説は「群盲の撫でた象が各異なることの故に、象という一個の存在を否定することを相通ずる」^(三二五)発想をして、統一的な企業概念を否定されていることになる。

なお、鈴木博士は、企業の担保については登記の煩を冒しても企業を一体としてつかみうることに意味があるとされている。^(三二六) 企業担保の場合は、私見にいう企業(者)の実体・次元の静態面である営業財産から債務を除外した部分。即ち広義の占有権の対象を担保にする問題である。これに対して、財団抵当の場合は、私見にいう企業(者)の現象形態・次元に位置する数個の財産を組み合わせて、これを一個の物ないし一個の不動産として抵当権の客体とするものであり、一物一権主義を採る民法の抵当権の延長線上にある制度である。^(三二七) 一口に「企業の担保」といっても、企業担保と財団抵当では、このような違いがあることを認識することこそ、「概念の相対性」という考えに合致するであろう。労使紛争を取り上げていない鈴木説においては、企業全体、つまり私見にいう企業(者)の本質・実体・現象形態の全ての次元にわたって侵害される事態は想定されていないが、労働者ないし労働組合による違法な生産管理は、このような企業侵害である。

また、労働者ないし労働組合による違法な職場占拠が行われれば、私見にいう企業(者)の実体・静態面をなす営業財産権や現象形態をなす所有権・賃借権などの個別の権利が侵害され、間接的に営業(者)の実体・動態面をなす営業活動権が侵害される。違法なピッキングが行われれば、営業活動権の侵害が発生する。^(三二八)

因に、特許法一〇二条一項と二項は、特許権または専用実施権を活用している状態の侵害という姿をとった営業活動権の侵害、つまり企業(者)の実体・次元の動態面の侵害によって生じる損害額の算定について規定し、第三項は企業(者)の現象形態・次元の損害、つまり単なる個別の財産権の侵害に伴う損害について定めた規定と位置づけること

が出来る。^(三三九)

注(三二四) 拙著・注(二〇)所有権一八二頁以下・二五二頁以下。

(三二五) 西原・注(一六七)田中還暦二頁注(10)。

(三二六) 鈴木・注(一七二)「流通の対象」一八七頁以下。

(三二七) この点については、拙稿・注(二八)佐賀一二卷三号二九頁。なお、財団抵当や企業担保については、水島広雄・特殊担保

法要義―企業担保法制論綱―「八千代出版・一九七九年」八七頁以下・一二九頁以下、柚木 馨[※]高木多喜男編・新版注釈民法(9)

「有斐閣・一九九八年」八〇五頁以下・八二六頁以下「柚木 馨[※]小脇一海」。

(三二八) 拙稿・注(二八)佐賀一二卷三号四二頁以下。

(三二九) 拙稿・注(三一八)佐賀三七卷二号二一八頁。なお、特許法一〇二条の立法趣旨や各項に関する学説・判例については、

前掲拙稿二一九頁注(二九六)の文献参照。

五 統一的企業概念に基づく企業法学(総論)の体系―西原試案を参考にして―

一 実質的意義の商法を企業に特有な法とされる西原博士は、この商法を統一的観点の下に体系的に理解するためには、企業という特殊生活の構造と、その規制の重点に着眼して、その体系化についても具体的・機能的特色を發揮しなければならぬとされる。^(三三〇)

そして、現行商法典の体系や、ドイツおよび日本の商法学者が表明している体系について批判的な検討を加えた上で、次のような商法解釈学体系の試案を示されている。^(三三一)

西原案では、企業法としての商法を企業法総論と各論との二部門に大別し、普遍と特殊との関係を企業の対象の点より解決したいとされる。即ち、売買・銀行・保険・運送等の各個の具体的な対象となる企業の如何に拘わらない一

般的な規範は、これを総論中において取扱ひ、かかる一般的規範が企業対象の個性によつて、いかなる修正・補充を受けるかを各論中において吟味する方針を採りたいとされる。^(三三三)

このような意味における企業法総論を更に、(1)企業形成法、(2)企業形態法、(3)企業合同法、(4)企業動態法に分け、各個の具体的対象を有する企業の法的特異性を吟味する企業法各論は、(1)原始生産企業、(2)商品製造企業工業、(3)配給企業(商業)、(4)取引所および市場企業、(5)仲立および問屋企業、(6)出版・印刷および撮影企業、(7)旅館・料理店・興行その他類似企業、(8)電気・瓦斯および水道企業、(9)金融企業、(10)保険企業、(11)運送企業、(12)倉庫企業、(13)その他の企業に分けた上で、企業の動態に関するものばかりでなく、企業の設備・形態・客体に関する全てにわたり、各個企業の法的特異性を吟味するとされる。^(三三四)

なお、通説が実質的意義における商法に含ませている手形法・小切手法については、企業に特有な法とはいえずなっていることを重視される。したがって、これを「一般私法の商化現象」として理解し、破産法と同じように実質的意義の商法から除外した上で、有価証券に関する一般私法として取扱うべきだとされる。そして、手形法・小切手法を中心とする有価証券法は、債権法と物権法との両法域に跨る私法の一大特別法域とし、特殊の商業証券のみを企業法たる商法の中で論じるのが、厳密な意味においては適當であろうとされる。^(三三四)

法(三三〇) 西原・注(一)商法論二二二頁、同・注(一)商法学二七九頁。

(三三二) 西原・注(一)商法論二〇七頁以下、同・注(一)商法学二七八頁以下、同・注(一)商法一三九頁以下、同・注(一〇七)講義I四一頁以下。

なお、西原博士の商法学の体系に関しては、上記の文献のほか、西原・注(二五七)「商行為法体系」研究(1)一四五頁以下、同「会社法学の体系について」商事法研究第二巻「有斐閣・一九六三年」一頁以下(初出・松本先生古稀記念・会社法の諸問題「有斐閣・一九五一年」)がある。

(三三三) 西原・注(一)商法論二二三頁、同・注(一)商法学二八一頁、同・注(一)商法Ⅰ一四三頁。

なお、田中誠・注(一)詳論二二八頁以下は、企業を中心とした商法学の体系を総論と各論に大別し、総論を企業組織法、企業活動法・企業秩序法の三つに分けるとされる。

(三三三) 西原・注(一)商法論二二三頁以下、同・注(一)商法学二八一頁以下、同・注(一)商法Ⅰ一四三頁以下、同・注(一〇七)講義Ⅰ四二頁。

このような西原博士の試案は『商法総則(新法学全集)』『日本評論社・一九三八年』で示されていたものを修正されたものである[西原・注(一)商法論二二三頁(三三)]。

(三三四) 前掲・注(二八)参照。なお、西原説に反対する見解については、前掲・注(二七九)(二八〇)参照。

二 西原博士の企業法論体系は、今から五〇余年前に発表されたものであり、時代的な制約が伴っているのは当然のことである。しかし、西原試案の企業法各論では、(13)の「その他の企業」につき「不動産及び動産の賃貸企業、建築その他の請負企業等、企業の種類は多く、また今後も続々増加するであろう」とされているように、放送企業や宣伝・公告企業、通信企業、情報処理企業など、試案に例示されていない新種の企業を加えることは可能である。したがって、試案の内容が古いという点は理論的に問題にすべきことではない。

次に、手形や小切手の利用は現在でも、主として企業の決済のために利用されているとはいえ、企業だけが利用することが出来る制度ではなくなっている点では、破産制度と共通するところがある。したがって、西原博士のように商法を企業に特有な法、企業に特異な法に限定する場合には、破産法が商法から分離され独自の制度とされて行ったように、手形法・小切手法は企業法としての商法から外すことは論理一貫している。

その上で、手形法・小切手法を中心とした有価証券法という領域を一般私法として独立させ、株券や社債券、貨物引換証や倉庫証券・船舶証券・荷渡指圖書などの特殊な証券を、会社法や企業法各論において取扱うという考え方が

成り立ちえないわけではない。法理論としても、債権を物権化した制度である有価証券^(三三六)に関する法理は債権法と物権法、さらには民法総則を総合、止揚した理論であり、企業に特有の理論を含んでいるわけではない。したがって、有価証券法を企業に特有の法としての商法に入れなければならないという、理論的な根拠もないことになる。

しかし、商法を企業に特有な法・企業に特異な法というように狭く限定するのではなく、企業に関連する法、企業の対内的・対外的な紛争を予防したり、紛争を解決するための法というように広く捉えるならば、民法の規定も部分的には商法に入るように、手形法・小切手法も広い意味での商法に含まれることになる。

しかも、手形法・小切手法の理論には民法の理論とは異なったところが多く、さらに、有価証券に関する一般理論を基準にすれば手形法や小切手法の理論は特殊理論を含んでおり、その点では株券や社債券、貨物引換証などに関する理論と異なることはない。

このような根拠に加えて、手形法・小切手法の沿革や手形・小切手は、今日においても主として企業によって利用されており、銀行等の金融機関を媒介しなければ信用通貨としての本来の機能を発揮できないこと、とりわけ小切手は銀行等の金融機関を抜きにしては利用しえないこと(小三条七一条などを考慮に入れるならば、手形法・小切手法を商法の一部に入れて講義を行っている通説の方が、これを商法から外すよりも合理的である。^(三三七))

そして、手形法・小切手法を商法に入れておく方が、西原博士の試案とも整合するように思われる。というのは、西原博士は企業法総論の(4)「企業動態法」において、貨幣・商品(狭義)・有価証券・不動産・無体財産権等の商品の特異性格に関する規範をも吟味するとされている。^(三三八)

その趣旨、とりわけ「商品の特異性格に関する規範」の意味を理解することは出来ないが、手形に關していえば手形割引や手形貸付、さらには取立委任や荷為替手形のような取引に関する規範を指しているのであろうか。だとすれば、手形の振出や裏書、支払や遡及などに関する規範、つまり手形法は企業法総論で取扱うということになる。

ということは、手形法や小切手法をも含むと思われる西原博士の企業法の体系は、企業に特有な法・企業に特異な法という狭い意味での商法の枠を越えて、企業に関する法という広い意味での商法という枠の中で構想されているのではあるまいか。

注(三三五) 因に、社債については『社債等登録法』による社債登録制度により債券を発行しない途を開いていたが、その後、『社債等の振替に関する法律』や『株券等の保管及び振替に関する法律』により、ペーパーレス化が行われている。

さらに、平成一六年六月に『株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律の一部を改正する法律』が制定され、『社債等振替法』は『社債、株式等の振替に関する法律』として改正された。そして、『株券等保振法』は平成二一年六月八日までに政令で定める日に廃止されることになっている。

(三三六) 拙著・注(二〇)所有権二二三頁以下。

(三三七) 田中(輔)・注(一四)「方法」八六頁は「手形法の問題に直面して企業法説はその無理を暴露することになる」として、商的色彩論の優位性を説かれている(なお、九六頁以下)。しかし、手形法・小切手法に見られる商的色彩の根拠はと問えば、やはり企業に由来する。

(三三八) 西原・注(一)商法論二二三頁。なお、西原・注(一)商法学二一八頁以下では、「取引客体としての商業証券」として、手形法・小切手に言及されている。

三 前節では西原試案の(4)「企業動態法」に触れたので、この部分の検討を続けることにしよう。

この「企業動態法」では、①「企業がその目的を実現するために採る動的態様の一般規範を取扱う。即ち、企業と消費者乃至一般利用者との間における法律関係形成の動的過程が、ここに問題となる」とした後に、②「この際、何らかの客体を中心として行われることが多いために、貨幣・商品(狭義)・有価証券・不動産・無体財産権等の商品的特異性格に関する規範をも吟味する」という、前節において紹介した文章が続いている。そして、③「企業の企業利用

者に対する働きかけの問題を機縁として、企業相互間の競争の問題も、ここにおいて取扱われ得る」とされる。^(三三九)

①の部分は契約が中心をなすであろうが、民法の契約法との違いは、どこに求められるのであろうか。商法を企業に特有な法・企業に特異な法とされる西原説からすれば、民法の契約法は契約一般を取扱うのに対して、商法では企業の活動に特有な契約、例えば約款を利用した契約を取扱うのであろうか。

しかし、約款論は今日では民法学の分野で取扱われているし、割賦販売法や特定商取引に関する法律・消費者契約法・金融商品の販売等に関する法律など、消費者保護の観点からの特別法も数多く制定されている。

したがって、企業の契約に関しては民法と商法とが重なり合っており、「民法の商化」が生じていることになるが、民法学における取扱いと商法学における取扱いを敢えて区別するならば、民法学では私的自治の原則・契約自由の原則の制限・修正の問題として、商法学では営業の自由に対する制限の一環として取扱うということであらうか。

だとすれば、企業の対外的活動である契約に関しては、民法と商法の区別を規律の対象によって行うことは出来ず、せいぜい観点の相違という程度の区別しか出来ないことになり、商的色彩論の主張を受け入れざるを得ないことになる。なお、約款に対しては各種の業法によって行政的規制が加えられている。この規制は、私的自治の原則・契約自由の原則に対する制約という意義も有しているが、どちらかといえば営業の自由に対する公法上の政策的制約という色合いの方が強いのではあるまいか。したがって、この行政的規制は広義の商法、あるいは最広義の商法に含まれることになる。

約款規制以外にも営業の自由に対する制限は、数多くの法律や規則によって行われているが、国や地方公共団体による政策的制約以前に、何よりも先ず企業に内在的・本質的な制約がある。例えば、市民道徳や商道徳に反する営業は行うことが出来ない。さらに、団体企業(会社)の場合、自然人でなければ出来ないことは行いえないとか、団体の存在目的・事業目的によって活動の自由を制限されており、民法四三条後段は右の団体としての内在的・本質的制

約を確認している規定であり、会社に対しても当然に適用される制約である。^(三三二)

西原試案の③の「企業相互間の競争の問題」は不正競争防止法や独占禁止法による制約が問題となる。独占禁止法そのものは自由かつ公正な競争を確保・維持するために事業活動の土俵を設定し、自由かつ公正な競争を妨害するおそれのある事業活動が行われていたり、独占的状态が発生していたり、その可能性が存在していれば、公正取引委員会が規制を加えるための行政法規であつて、企業に特有な法・企業に特異な法としての狭義の商法ではない。

とはいえ、独占禁止法の制約の枠内では企業営業の自由は認められないという意味において、独占禁止法は企業に関連する法であり、広い意味における商法に含めることが出来る。

なお、西原試案では、企業法総論の③「企業合同法」においても、「カルテル・トラスト・コンチェルン等の生きた法をも対象中に包摂する」とされている。^(三四三)したがつて、こちらの方で独占禁止法が取り上げられるならば、西原試案の

(4)「企業動態論」の③の「企業相互間の競争の問題」として独占禁止法が取り上げられるのは「不公正な取引方法」(独占禁止法九項・一九条以下)の部分ということになる。

注(三三九) 西原・注(一)商法論二二三頁。

(三四〇) 田中(輔)・注(一四)「方法」七一頁以下。

(三四一) 拙著・注(二〇)社団法人第四章・第五章参照。同旨、田中(輔)・注(一四)「方法」八一頁。

(三四二) 西原・注(一)商法論二二三頁。

四 西原試案における企業法総論の③「企業合同法」では、「営業譲渡・会社の合併のほか、カルテル・トラスト・コンチェルン等の生きた法をも対象中に包摂する」とされていることは前節で紹介したが、この部分は最近の商法改正に^(三四三)

合わせて修正する必要がある。

つまり、平成一一年の商法改正により株式交換(商三五二条以下)・株式移転(商三六四条以下)による完全親会社制度が導入され、平成一二年の商法改正により会社分割(商三七三条以下)が導入されたことに伴って、「企業合同法」を「企業再編法」に変更する必要がある。

ところで、企業主・経営首脳者は企業を客体として外部から支配する存在ではなく、企業に内在するものとされる西原博士は、企業の形成・維持の原動力たる人格者としての企業者の地位を、法的には次のように分析されている。つまり、(イ)企業財産、とくに固定資産の所有者ないし利用権者たる人格者、(ロ)企業活動の権利義務の帰属者たる人格者企業動態の法的統一、(ハ)企業収益の第一次的帰属者たる人格者、(ニ)企業経営の衝に当る首脳者たる人格者の四内容である。^(三四四)

西原博士によれば、「営業譲渡」は、この四内容の企業者地位が一括して承継される法律関係であり、(イ)の地位(企業財産、とくに固定資産の所有者たる地位)のみを留め、その他の三つの地位を一定期間交替した場合の法律関係が「企業の賃貸借」である。そして、(イ)(ロ)の地位を留めて、他の地位を一定期間交替した場合の法律関係が「企業の経営委任」であり、(イ)(ロ)(ハ)の地位を留めて、(ニ)の地位を一定期間交替した場合の法律関係が「企業の経営管理」とされる。^(三四五)

西原博士の企業者地位の分析は、企業合同の四つの形態の違いを分かり易く説明する上で、極めて有効なように見える。しかし、この四つの地位の間に、どのような連関構造があつて、一つの企業者地位を形成しているのかは不明である。

企業者の地位は、もともと一つのはずである。したがって、この地位を四つに分けるだけでなく、それらを連関づけて把握するならば、統一された企業者地位を理論的に捉えて法律学に固有な企業(者)概念を構成することが可能になるだけでなく、その一つの地位が企業(者)の存在構造に対応して、さまざまな姿をとって現われていることを

理解できるのではないだろうか。

つまり、私の企業(者)の存在構造の分析を基準にすれば、西原説の(イ)の地位は私見という企業(者)の現象形態である個々の権利・義務、即ち営業活動の成果であり、有機的・組織的一体としての営業財産を構成している個々の権利・義務が帰属する主体たる地位に相当する。

西原説の(ロ)と(ニ)の地位は、いずれも私見という営業活動権の主体たる地位を指している。つまり、(ニ)の地位は(ロ)の地位が具体化した姿であり、(ロ)の地位に包摂すれば足り、両者を区別する必要はない。そして、(イ)の地位は、私見という最広義の占有権としての営業財産権が帰属する主体たる地位を指している。つまり、有機的・組織的一体としての営業財産には企業の利益ないし損失が蓄積されているが、西原説にいう「企業収益の第一次的帰属者」とは、この営業財産権が帰属する主体に他ならない。

要するに、西原説にいう(イ)(ロ)(ニ)のいずれの地位も、企業の主体である企業者に営業活動権や営業財産権、そして有機的・組織的に一体化されて管理・運用されている営業財産を構成している個々の権利・義務が帰属しているという事実を述べているにすぎない。その限りでは、事実認識に誤りがあるわけではない。しかし、企業(者)の存在構造が論理的に分析・総合されていないために、四つの地位を連関づけた企業者地位の統一的な全体像を把握できていないだけでなく、私見にいう企業者の本質、つまり営利事業意思の主体たる地位が抜け落ちている。

なお、私の旧稿では西原説の(イ)の地位を営業財産権の主体たる地位に相当するものと解し、(ロ)の地位を企業(者)の現象形態たる個々の権利・義務の帰属者たる地位に相当するものと解し、(イ)の地位は(イ)に含まれるとしていたが、西原説を誤読していたようである。したがって、本文のように訂正する。

注(三四三) 西原・注(一)商法論二二頁以下。

(三三四) 西原・注(一〇七)講義Ⅰ一〇一頁。

なお、実方博士の企業法論は西原説に極めて近いが、西原博士とは異なり、企業者地位のほかに資本所有者地位を認めてあり、この違いが営業譲渡などの捉え方の違いとなつて反映している〔この点については、前掲・注(二六七)参照〕。しかし、実方博士の企業の捉え方も経済的分析に止まつており、法律学固有の捉え方になっていない〔拙稿・注(二八)佐賀一二巻三号三七頁以下参照〕。

(三四五) 西原・注(一〇七)講義Ⅰ一〇二頁。

(三四六) 拙稿・注(二八)佐賀一二巻三号五二頁。

五 西原説によれば、営業譲渡は(イ)(ロ)の全ての地位が一括して承継される法律関係とされている。しかし、企業者を企業の主体として企業の外部に位置づける私見や通説の立場からすれば、^(三四七)営業譲渡は「のれん」などの事実関係を中核にして有機的・組織的に一体化して管理・運用されている営業財産に対する権利、即ち最広義の占有権ないし広義の占有権としての営業財産権を譲渡し明渡す取引であり、西原説にいう(ロ)の地位は右の営業財産権に内包されている。そして、有機的・組織的に一体化して管理・運用されている営業財産が譲渡され明渡される結果として、右の営業財産を構成している個々の権利・義務も、特約で除外していない限り当然に営業譲受人に移転する。つまり、西原説にいう(イ)の地位を営業譲受人は承継取得する。

このように、営業財産と、これを構成している個々の権利・義務が営業譲受人に承継されたならば、企業者の本質をなす自己固有の「営利事業意思」をもつて営業財産と個々の営業用財産を承継取得した営業譲受人は当然に企業者たる地位に就き、自らの「営利事業をする意思」に基づいて自己固有の営業活動を始めることにより、自己固有の営業活動権を原始取得する。^(三四八)したがって、営業譲受人は西原説にいう(ロ)や(二)の地位を営業譲受人から承継する必要はないし、そもそも一般的人格権である営業活動権は他人に譲渡したり、他人から譲受けることの出来る権利ではな

い。だとすれば、西原博士の営業譲渡論は経済現象としての営業譲渡を捉えたものであり、しかも営業譲渡のプロセスを見ないで、その結果のみを捉えた学説といふことになる。(三四九)

西原説では、営業の賃貸借は(ロ)(ニ)の地位を一定期間交替した場合の法律関係とされている。しかし、営業の賃借人は自己固有の「営利事業をする意思」を有している。即ち、企業者の本質を備えている。したがって、第三者の営業財産を賃借しさえすれば、営業の賃借人は当然に自己固有の営業活動権や収益権を原始的に取得するから、賃借人の(ロ)や(ニ)の地位を借りる必要はない。営業賃貸人は営業財産を賃借人に明渡した上で、(ロ)や(ニ)の地位を退けば、それで十分である。

なお、企業(者)の現象形態をなす個々の積極財産の帰属(西原説にいう(イ)の地位)に関して、不動産所有権や特許権などの重要で消耗しない財産については営業賃貸人が権利を留保することもあるが、原材料や完成品のような動産で消耗品の所有権は営業賃借人が承継取得するのが常態であろう。(三五〇)

経営委任は、委任者の名において受任者の計算の下に営業活動を委ねる企業結合形態である。したがって、西原説にいう(イ)の地位のみが委任者に残り、(ロ)(ニ)の地位は広範な代理権を介して実質的には受任者に移っている。つまり、私見にいう営業活動権と営業財産権とから成る企業の実体としての営業権は実質的には受任者に移っており、企業の本質をなす委任者の営利事業意思を受任者が具体化する法律関係である。

これに対して、経営管理は委任者の名において、委任者の計算の下に受任者が営業活動を行う。したがって、西原説にいう(イ)と(ロ)の地位は委任者に残り、(ロ)と(ニ)の地位は実質的には受任者に移っている法律関係である。つまり、私見にいう営業権のうち営業財産権は委任者に残っているが、営業活動権は代理権を介して受任者に託されており、受任者が委任者の営利事業意思を具体化することになる。

注(三四七) 鈴木・注(六)「商人概念」二二頁・二三頁注(一二)は「企業の所有者」を企業の主体として把握することを強調され、

鈴木・注(一七)「流通の対象」一八三頁以下は企業の主体と客体たる企業を対立的なものとして理解することが必要とされる。

(三四八) 同旨、大隅・注(一三〇)二頁および注(七)、鈴木・注(一七二)「流通の対象」一七九頁・一八三頁。

(三四九) 前掲・注(一七〇)参照。

(三五〇) 同旨、大隅・注(一三二五頁)。

六 要するに西原説における、企業合同の四形態は私見にいう企業の実体をなす営業活動権や営業財産権に関わる法現象であり、営業財産を構成している個々の権利・義務の帰属、つまり私見にいう企業の現象形態の問題は、企業合同という法現象にとって副次的な問題にすぎない。

営業譲渡と営業の賃貸借は有機的・組織的一体としての営業財産に関わる問題であり、営業財産が譲渡ないし賃貸借されて営業の譲受人や貸借人が営業活動を始めることにより、営業の譲受人や貸借人に固有の営業活動権が発生することになる。

経営委任と経営管理は第一次的には営業活動権に関わる問題である。形式上は委任者の名義で行われている営業活動の成果である利益ないし損失の処分・処理にまで受任者の代理権が及んでいるか否かの違い、したがって利益ないし損失が蓄積されている営業財産に対する管理権のみならず、部分的な処分権を受任者が有しているか否かの違いが、経営委任と経営管理の違いである。

会社の合併は、複数の会社が企業としての全存在を結合させて、一つの企業に合体する法現象である。つまり、営業譲渡のように営業財産が譲渡された結果として、営業財産を構成している個々の権利・義務も承継されるというに止まらず、企業者の本質をなす営利事業意思、企業者の実体をなす営業権(営業活動権と営業財産権)、そして企業者

の現象形態をなす個々の権利・義務の全てにわたって、複数の会社企業が合体して一つの会社企業になる法現象が合併である。^(三五)

会社の分割は、合併とは逆に、一つの会社企業が本質・実体・現象形態の全ての次元にわたって複数の会社企業に分割された結果、従前の単一の会社企業が法的にはそれぞれ独立した会社企業として存立し活動するなり（新設分割）、分離された部分が他の会社と合体して存続して行く法現象（吸収分割）である。

このように整理して見ると、企業合同法なり企業再編成法を解明するためには、その前提として企業（者）の法的構造を把握しておく必要があることが分かる。そのような基礎作業なしに、経済学の企業概念に依拠して企業の合同現象に取り組むならば、西原博士の営業譲渡論のように営業譲渡を企業者地位の交替と見る経済学的な把握に陥ることになる。

注（三五） 拙稿・注（二七〇）佐賀三四卷四号七九頁以下。

七 西原博士の企業法総論の(1)「企業形成法」は「実定法上における企業概念・企業の成立・企業の構成及び企業の公示を対象として論ずる。従来の商人論及び営業論の大部分がこれに属するが、個人商人に関する特則並びに営業譲渡に関する事項は、これを除外する」とされる。そして、(2)「企業形態法」では「企業の人格的構成及びこれに関連する法規を対象とする。これに個人企業と集団企業との別があり、後者は、更に組合と会社とに分たれる。従来商人論において取扱われた自然人たる商人の権利能力及び行為能力の問題は、この部門に移される」とされている。^(三五)

商法「企業法論に立脚した企業法総論にとって、最も大事な作業は企業（者）の法的構造を分析した上で、企業の法的概念を形成することである。この作業は経済学の企業概念を手懸りにした上で、「これを利用しこれに加工して、

法的概念を確定すればよい」とはいうものの、「商法典に足場を有するものであって、単なる架空の概念ではない」ようにするためには、経済学の企業概念が実定法の規定・実定法上の制度に適合するように修正を加えなければならない。^(三五三)

しかも、この作業は、ただ単に法律学の観点から企業者について説明するのではなく、その内部構造を論理的に分析しておかなければ役に立たないことは、前節の企業合同法・再編法の説明からも判明するであろう。

企業者の法的構造を分析した後に取り組むべき課題は、西原説のように「企業の成立」や「企業の構成」の問題ではなく、「企業形態」でなければならない。というのは、企業形態の違いに依じて「企業の成立」や「企業の構成」も異なっているからである。したがって、企業法総論は、(1)企業者の法的構造を分析した上で企業の法的概念を明らかにし、次に(2)企業形態の特徴、とりわけ組合と社団・合名会社と株式会社と株式会社の法的構造の違いを明らかにする必要がある。それは、企業の成立や構成を明らかにする作業である。

西原博士の「企業の構成」では、(a)「企業の資本的基礎」と(b)「企業の労力的基礎」、そして(c)「構成基礎の統一化」というタイトルの下に、あるいは(a)「企業の物的基礎」と(b)「企業の人的基礎」、そして(c)「企業の物的・人的基礎の統一」というタイトルの下に、^(三五五)
^(三五七)
 ①企業の資本や財産・商業帳簿、②経営首脳者・商業使用人・代理商、③商人・商号・営業所を取扱われている。

このように、表面的・形式的な共通性・関連性のある制度を、纏めて説明するのも一つの方法ではある。しかし、この方法では、これらの制度は企業者の法的構造の中において、どのような位置づけを有しているのか、全体の中における部分としての位置づけと役割が判然としない。

したがって、この点を明らかにするためには、私案の(1)の企業者の法的構造の中で、「営利事業をする意思」という本質に関わるのか、企業者の実体、即ち営業活動権や営業財産権に関わるのか、現象形態としての個々の権利・

義務に関連するのか。あるいは、企業の全要素を総括している企業者そのものに関連するのか、それぞれの制度を法律学から見た企業(者)の全体像の中に位置づけて説明する方が、初学者にとって企業を具体的にイメージするこ
とが出来て、各制度についても理解し易くなるのではあるまいか。

その点、鈴木博士が田中(耕)博士の「組織法と行為法」の二元的構成を批判しながらも、商法総則上の諸制度を主
観的な活動面と客観的な物的面とに分けて考察されているのは、^(三五)従来の主観的意義の営業と客観的意義の営業を引
継いでおり、企業が存在構造・論理構造に即したのではないところに不満を感じるものの、参考に値する。

鈴木博士は、例えば、商号制度における選定の制限や排他的効力のごときは主観的な活動の問題であるのに対し
て、商号の譲渡は客観化された無体財産権の移転と認められるべきものであり、営業所にしても、債務履行や裁判
管轄等は活動関係の問題であるのに対して、支店の譲渡は客観的な企業の移転の問題と位置づけられる。^(三五)

営業所を企業(者)の実体の動態面、即ち営業活動と関連づける点は妥当であるが、支店の譲渡は営業財産という企
業(者)の実体の静態面・財産面の問題とし、商号権は人格権であるとともに財産権の性格をもつ権利として、企業(者)
の実体および現象形態次元の問題として位置づけ、企業(者)の法的構造に合わせた説明をする方が合理的であろう。
また、鈴木博士は商業帳簿につき、記録される対象は客観的な営業に関するが、商人がこれを記録する目的は営
業活動の必要に存する^(三六)という程度の、有り触れた表面的な捉え方しかされていない。しかし、商業帳簿や計算書類
についても企業(者)の法的構造に即した位置づけをした方が、初心者には分かり易いのではないだろうか。

例えば、会社の解散時に作成する財産目録(商一三〇条一項・四一九条一項)は企業(者)の現象形態である個々の権利・義
務に関連し、損益計算書は企業(者)の実体をなす営業活動と営業財産に、そして貸借対照表は営業財産に関連してい
る。さらに、営業報告書は、商業帳簿ではないが、営業活動に関連していることを示すならば、それぞれの帳簿や
書類を区別・連関づけて理解することが出来るし、企業(者)の全体像の中に位置づけて把握することも可能になる。^(三六)

注(三五一) 西原・注(一)商法論二二三頁。

(三三三) 西原・注(一六七)田中還暦一頁。

(三五四) 西原・注(一)商法論二二三頁。

(三五五) この点は、田中(誠)博士が強調されたところであるが、私見からすれば田中(誠)博士の企業概念も法律学固有のものになつてゐるとは評し難い(第三章一〇節参照)。

(三五六) 西原・注(一)商法論三〇四頁以下。

(三五七) 西原・注(一〇七)講義一六八頁以下。

(三五八) 鈴木・注(一二六)「組織と行為」二六五頁以下。なお、鈴木・注(一二六)「企業法的考察」三七頁。

(三五九) 鈴木・注(一二六)「企業法的考察」三七頁、同・注(一二六)「組織と行為」二六六頁以下。

(三六〇) 鈴木・注(一二六)「組織と行為」二六八頁以下。

(三六一) 拙稿・注(二八)佐賀一二巻三号一五頁以下。

八 前節で紹介した鈴木説のように、商法総則上の諸制度を主観的な活動面と客観的な財産面とに分ける方法は、従来の商法学説が「主観的意義における営業」と「客観的意義における営業」とに分けて来たことの延長線上にあり、受け容れられ易い分け方ではある。しかし、「主観的」意義における営業は「主体的」意義における営業とし、「客観的」意義における営業は「客体的」意義における営業とする方が、企業者の法的構造における実体の動態面・営業活動権と静態面・営業財産権の区別に即応するように思われる。

これに対して、西原博士は企業の主体を静態、企業の活動を動態とされている。(三六二)しかし、企業の静態とは有機的・組織の一体としての営業財産や、それを構成している個々の積極財産・消極財産を指し、企業の主体という概念は企業の動態と静態とを統括している事業主・企業主を指すものとして使用するのが適切である。

にも拘わらず、西原博士は、このような使い方をすることを受け容れられないであろう。というのは、ヴィーラ

ントが動態としての企業 *Unternehmung* と静態としての企業 *Unternehmen* を使い分けることに対して、西原博士は、このような表現は一般に承認された用語ではないだけでなく、企業を有機的構成体として主体的に把握しない憾みがあると批判されているからである。^(三六四)

この批判には、西原博士の企業概念が経済学からの借り物に止まっていて、法律学固有の企業者概念を形成していないという難点だけでなく、西原説では企業主を主体として扱うのではなく、企業を主体として扱うという致命的な難点が遺憾なく表現されている。

なお、西原試案の企業法総論では企業合同法が企業動態法より前に置かれている。しかし、この順序を逆にして、企業動態法は企業(者)の実体の動態面である営業活動権に関連づけ、企業合同法は企業再編成法として、企業(者)の実体の静態面である有機的・組織的一体としての営業財産や、動態面である営業活動権、さらには企業的全構造に関わる法現象・法制度として位置づける方が合理的であるように思われる(本章六節参照)。

そして、西原試案には企業の消滅、とりわけ会社の解散・清算・整理・破産を扱う「企業解体法・再生法」が欠けている。したがって、西原試案が構想された後に制定された会社更生法や民事再生法を含めて、企業法総論の(5)として「企業解体法・再生法」を追加する必要がある。

とはいえ、民法の公益法人にも解散・清算・破産はあり(民六八条以下。なお、宗教四三条以下)、中間法人にもこのような制度は認められている(中間八一条以下・一〇八条以下、農協六四条以下)。したがって、「事業解体法」は営利企業に特有の法・営利企業に特異な法ではない。^(三六五) それだから、西原試案には「企業解体法」を入れなかったとも考えられる。

しかし、商法を企業に「特有な」法と狭く解するのではなく、企業に「関連した」紛争の予防・解決のための法と広く解するならば、手形法・小切手法と同じように、「企業解体法・再生法」を企業法総論の一部に加えることは出来るし、これを加える必要がある。けだし、「企業解体法・再生法」が加わることによって、企業の成立から消滅に至る全生涯

にわたる法規範が企業法総論において扱われることになるからである。

尤も、西原博士は「会社法学の体系」に関しては、「会社の消滅については、解散の意義・一般的解散事由・解散の効果・解散後の会社更生・清算の意義および清算会社の性質・一般的清算手続などを論ずるのが、会社法総論の一任務である」とされている。^(三六六)さらに、会社法各論のうち「合名会社の消滅の項は、解散および清算に分かつて、その特殊相の解明に当てられる」とされている。^(三六七)

そして、会社の整理については、「その強度の司法手続的性質と破産法ないし和議法との類似性により、これを商法典より分離して特別法化することも考えられる。その立法の対象と内容の如何によつては、実体法としての商法より除くことも可能ではないかと思われる」とされる。^(三六八)しかし、これは「会社の整理」に関する規定を実質的意義における商法から外す、という意味ではないであろう。というのは、「会社の整理」は破産法や民事再生法のように、会社以外の主体にも適用される制度ではなく、会社更生法と同じように株式会社特有な制度だからである。

このように、「企業解体法・再生法」には企業形態の違いに応じて異なった制度も存在しているが、全ての企業に共通する制度も存在しており、後者については企業法総論において取扱う必要がある。

西原試案を修正した私の案を整理すると、企業法総論は、(1)企業(者)の法的構造、(2)企業形態法・企業形成法・企業組織法、(3)企業動態法、(4)企業再編成法、(5)企業解体法・再生法となる。

注(三六一) 西原・注(一)商法論二〇七頁以下。

(三六三) Wieland, N.56, S.143ff.u.239ff.

(三六四) 西原・注(一一〇)法哲(8)一二頁、同・注(一六七)田中還暦一九頁。

(三六五) 拙著・注(二〇)社団法人・第七章は営利法人・公益法人・中間法人のみならず、法人でない団体を含めた上で、「法人(団体の解散とは、どのような法現象なのか」という問題を扱っている。

(三六六) 西原・注(三三一)研究(2)五頁。

(三六七) 西原・注(三三一)研究(2)一〇頁。

(三六八) 西原・注(三三一)研究(2)一六頁。

九 私の企業(者)構造論にいう企業(者)の現象形態である個々の物権や債権・無体財産権・個別的人格権・債務・形成権・抗弁権などが企業者に帰属しているという点は、専ら民法や無体財産法が扱う領域である。したがって、企業法学としての商法学の体系は、この部分については民法や無体財産法の適用があることを当然の前提として成り立つものである。

また、企業(者)の実体のうち動態面をなす営業活動権に関しても、この権利が具体的に行使される姿である契約はもとより、それ以外の債権関係の発生原因である事務管理・不当利得・不法行為についても、民法や無体財産法の適用があることは当然の前提とされており、商法だけで企業法の体系が完結するわけではない。

したがって、企業概念を以てしては商法学に属するとされている法的制度・法的規範の全てをカバーすることは出来ず、この概念の商法学上における支配範囲は全般的ではなく、重要な部分ではあるが局部的であるとされる田中(輔)博士の批判が登場することになる。^(三六九)さらには、「商法」企業法論はその名にふさわしくない狭小な射程範囲しかもたず、しかも濃密な射力を欠いており、「企業法としての実用性に乏しい」という手厳しい評価さえ行われている。^(三七〇)

しかし、企業(者)の営業活動権の行使は民法の主体である「人」の生存活動権の行使と共通する側面を有しており、企業(者)の現象形態は「人」の現象形態と全く共通している。この共通する部分については、私法の一般法としての民法に委ね、これを企業をめぐる紛争の解決にも適用することにして、民法に委ねることが出来ない部分を商法は受

け持つことにしているわけである。

だとすれば、商法の射程範囲が限定されるのは当然のことであり、このことを企業法論の難点とすることはできない。また、田中(輔)博士のように商行為、即ち企業活動に関して民法とは異なった規定が商法に設けられているのは、これらの取引に集団性・反覆性・継続性があり、個性が喪失していることに基づくことを説き、この特色を「商的色彩」と名づけたとしても、それだけでは商法の独自性・自主性を解明したことにはならない。このような特色は商法^(三七七)企業法論者も認めるところであるが、この特色を指摘するだけでは表面的な把握に止まり、民法とは別に商法を必要とする根拠を明らかにしていないからである。

そこで、商法^(三七七)企業法論は右の特色が由つて来たる源泉を企業の活動に求め、そこに商法の自主性の根拠を見出しているのである。しかし、その企業概念が経済学からの借り物に止まっていて、法律学固有のものを作っておらず、また民法の対象となる「人」についても法律学の観点からの分析がなされておらず、「人」と「企業(者)」の区別・連関性が把握されていないために、先述のような批判が商法^(三七七)企業法論に対して加えられているわけである。したがって、商法^(三七七)企業法論が企業法としての体系を築き上げるためには、法律学に固有の企業(者)概念を形成するだけでなく、民法上の「人」の構造をも分析し、これと企業(者)の構造との共通性と異質性を明確にしておかなければならない。

注(三六九) 田中(輔)・注(二四)「方法」八一頁以下。

(三七〇) 岩崎・注(一)「現代にとつて」五三頁。

(三七二) 西原・注(一)「商法学」二八頁・二四頁、同・注(一一〇)「四季報九号」一九頁、同・注(一一〇)「法哲」(8)一六頁、同・注(二六

七)「田中還暦八頁以下、田中(輔)・注(一)「詳論」六六頁・七七頁、同・注(二四四)「営利性の修正」三三頁以下・三七頁、実方・注(一〇三)「二二三頁・二四七頁。

六 むすび

一 商法¹企業法論に対しては、第一章四節や前章九節で紹介したような批判がなされているが、その他にも次のような批判がある。

即ち、標準的な商法教科書の冒頭に実質的意義における商法の存在を強調しておきながら、実際の講学内容は商法典(形式的意義における商法)の体系に依拠して、それに多少の修正を加えたものにすぎないとか、^(三七三)現時の企業法説は「その体系的全貌をほとんど示していない」という批判である。^(三七四)

さらには、伝統的な商法に拠りつつ、その対象に企業を据えたことで、企業法説は「かえって『商法学』の方向性を不明瞭なものにしてしまうことになったのではないか」という評価も見られる。^(三七四)

そして、「商法典なかりせば、そもそも商法学という学問分科の独自の対象―実質的意義における商法―が存在するのかがそもそも疑わしい」^(三七五)し、「もし商法典なかりせば、実質的意義における商法すなわち企業法を観念する可能性・必要性があったかは、はなはだ疑わしい」^(三七六)とさえいわれる始末である。

注(三七二) 岩崎・注(一)「現代にとって」三九頁。

(三七三) 落合・注(一六)商法Ⅰ八頁。

(三七四) 木内・注(一九六)三五頁。

(三七五) 岩崎・注(一)「現代にとって」三七頁。

(三七六) 岩崎・注(一)「現代にとって」三九頁。

二 しかし、一口に商法¹企業法論といっても、商的色彩論との繋がりを認め、商的色彩論の修正・発展と位置づけ

る立場がある。^(三七七)

これに対して、西原博士は商法^(一)企業法論は商的色彩論を一直線上に発展させたものではなく、商的色彩論が論証する商法の自主性を別個の面から取り上げようとするものであり、両者は平面を異にし、立場と方法に差異がある^(三七八)とされる。

また、田中(輔)博士も商的色彩論と企業法論は「全く次元を異にするものであり、決して相抵触することがなく、従って企業法論の立場からの批判は可能でない」と^(三七九)されている。

田中(輔)博士は商法学を法哲学的に基礎づける意図の下に、現行商法典から演繹的・思弁的・論理的方法を用いて、民法と商法の違いを同一事実に対する観点の違い、次元の違いに求められる^(三八〇)。

これに対して、西原博士は先験的ではなく、経済的・歴史的考察方法を重視され、「商」から「企業」へと視線を向けた上で、民法と商法の対象である人間型の違いに民商法の違いを求められる^(三八一)。

要するに、田中(輔)博士の商的色彩論は商法性格論の立場からのものであった。これに対して、西原博士の商法^(二)企業法論は商法の独立存在の根拠を生活実体の方面から考察し、「企業」という概念によって商法の対象を明らかにしようとするものであった^(三八二)。そして、「商人」とは権利主体としての「企業」であるという前提の下に、この「企業」を中心に商法の体系を再編成しようとされたものである^(三八三)。

注(三七七) 大隅・注(一)二五頁注(九)・四四頁注(二)・五五頁注(一)、鈴木・注(一二六)「組織と行爲」一四七頁、同・注(二四八)「進路」三頁以下。

なお、竹内・注(六)講座Ⅰ一八頁、三藤・注(二六)六六頁以下、新山・注(五三)一一七頁注(九)。

(三七八) 西原・注(五六)「企業法論」九頁、同・注(一五五)竹田古稀六五頁・六八頁。なお、鴻・注(八)五頁以下。

(三七九) 田中(輔)・注(一四)「方法」九九頁。この後半部分に対して、西原・注(五六)「企業法論」九頁以下は疑問とされる。

なお、新山・注(五三)九九頁は「筆者の立場からすれば結論的にはきわめて適切と思われる認識を、すでに田中耕氏自身
が感じておられたことが示されている」とされる。

(三八〇) 田中(勸)・注(一四)「方法」七七頁・八九頁以下九九頁。なお、西原・注(五六)「企業法論」七頁・三六頁・三八頁以下、同・注
(一〇七)「商法の解釈」六〇頁、同・注(一五五)竹田古稀六八頁。

(三八一) 西原・注(五六)「企業法論」七頁以下・三八頁以下、同・注(一〇七)「商法の解釈」六〇頁、同・注(一五五)竹田古稀六五頁
以下。

(三八二) 西原・注(一六七)田中還暦四頁。なお、西原・注(一)「商法論」一三頁以下。

(三八三) 西原・注(一六七)田中還暦六頁以下。

三 商法^リ企業法論者の中でも、鈴木博士や大隅博士は商的色彩論と親和的であるのに対して、西原博士は親和的ではない。

その表面的な理由は、鈴木説や大隅説は現行商法が用いている法的概念、例えば商人や商行為・商号・営業所などの概念を、企業の外部にあつて、これを管理・運営している企業者という法主体を中心にして説明するという伝統的な方法^(三八四)を採っている。したがつて、現行商法を前提にして商的色彩論を展開された田中(勸)博士の商法論と調和することが出来る。

これに対して、西原博士の企業法学は経済学の企業概念に関連づけた体系化を目差しており、現行の商法典の体系にこだわらない体系である。^(三八五)のみならず、商人や商行為・商号・商業使用人・営業譲渡・会社などの商法上の概念を企業概念との関連において理解されている。^(三八六)そのために、「商法^リ企業法論は、法典に維持されている形式的概念を、変化した現実の事態に即して学的に批判解明し、新しい概念への移行を促進しようとする」^(三八七)ことになり、前記の商法上の概念の捉え方も従来とは異なつたものになつてゐる。

このような方法の違いが、同じく商法「企業法論」に属するとはいうものの、鈴木説や大隅説と西原説との間に根本的な違いを生み出しているわけである。

注(三八四) 西原・注(五六)「企業法論」一一頁注(三三)は、前掲・注(三七七)の大隅説は「方法論の同一面の方に重きを置かれたものであろう」とされる。

(三八五) 西原・注(二)「商法論」二〇七頁・二一一頁、同・注(五六)「企業法論」三七頁。なお、実方・注(一〇三)序一頁以下。

(三八六) 西原・注(五六)「企業法論」三七頁、同・注(一五五)竹田古稀六七頁・六九頁以下。

(三八七) 西原・注(一五五)竹田古稀六九頁(原文一部傍点付)。

四 つまり、大隅説の企業概念は西原説と同じように、経済学上の企業概念をそのまま借用したものであった。鈴木博士は商法の対象を商企業に限定されるものの、その前提になる企業概念は経済学上のものである点では共通している。

そして、西原説は、この経済学上の企業概念を根底に据えた上で商法上の諸概念を捉え直し、企業法の新しい体系を構築しようとされた。これに対して、鈴木説や大隅説にあつては経済学上の企業概念は、民法に対して商法という特別法が必要とされる経済的基盤として据えられるに止まり、西原説のように企業概念を基準にした商法上の概念の捉え直しや、新しい企業法体系を樹立しようと試みられて^(三八八)いるわけではない。

それ故に、鈴木説や大隅説にあつては商法上の諸概念につき従前のままの内容が維持されていて、商的色彩論と親和的である反面、西原説との間に根本的な違いが生じているのである。

したがって、第一章四節で紹介した田中(輔)博士の商法「企業法論批判」や、^(三八九)本章一節で紹介した諸批判は、鈴木説や大隅説に対してならば当たっているところが多い。

しかし、これらの批判は、西原説に対しては必ずしも妥当するものではない。^(三九〇) というのは、鴻博士が評されてい

るように、商法「企業法論者が体系的全貌を示すものがほとんどない中であって、西原博士は「商法解釈学の体系を、試案としてではあるが、一応形成して、そのうえで、商法の体系的の研究を進められたことは商法学史上の大挙といわなければならない」^(三九一)からである。

鈴木説や大隅説のみならず、西原説をも含めて商法「企業法論を批判するのであれば、商法を企業法であるといながら、経済学上の企業概念を借用するに止まり、法律学固有の企業^(者)概念を明確にしていけない点を衝くべきである。

注(三八八) 鈴木・注(六)「商人概念」二二四頁。一部同旨、岩崎・注(一)「現代にとって」五二頁。

(三八九) 木内・注(一九六三五頁注(二二)は、田中(勲)博士の企業法論批判は「企業法説が実定法にその基礎をおいているかぎり、正当な批判であるように思われる」とされる。

(三九〇) 西原・注(五六)「企業法論」三五頁以下・四〇頁以下。

(三九一) 鴻・注(八)二〇頁。なお、本稿第五章参照。

五 商法「企業法論は法律学固有の企業概念を究明していない。そのために、鈴木博士は自らの業績について、「商的色彩を有する生活関係自体を発見して、商的色彩論を一そう完成せしめたにすぎなく、したがって、商法上の各制度ないし各規定の実質的考察においては、田中教授以上の貢献を多くなしえたとはいいい難い」^(三九二)と自己評価されることになっている。

そして、法律学固有の企業^(者)概念を追求しなかったという欠点は、西原説のように企業に関する法現象、例えば営業譲渡などの企業結合を経済現象として説明するようなことになり、商的色彩論から批判されるに止まらず、企

業法論からさえも批判を受けざるを得なくなっている。

第三章七節で試みているように、企業(者)の法的構造を分析し、企業の経済構造や「人」の法的構造と比較して見るならば、西原説のように企業の人的要素を法的な地位に依拠して区別することなしに、これを一括して企業の内在的要素とするような、経済学的な捉え方はしないであろう。

また、企業(者)や「人」の法的構造を分析するならば、西原博士が強調されている、商法上の具体的・特殊的人格者と民法上の抽象的・一般的人格者との人間型の違い^(三九三)、したがって適用対象から見た商法と民法の区別・連関性も明らかになって来るし、商的色彩と非商的色彩の違いが生じて来る根源も明確になり、商法総則で扱われている諸制度・諸概念が企業の法的構造の中で、どのような位置にあるのかということ明らかにすることも可能になる。

そして、営業譲渡と会社の合併・分割の区別・連関構造、さらには組合と社団、したがって合名会社と株式会社の法的構造の違いや、合名会社員の持分と株式の違い等々も、企業の法的構造に即して解明することが出来るようになる。^(三九四)

注(三九二) 鈴木・注(一二六)「企業法的考察」三五頁。

(三九三) 西原・注(五六)「企業法論」二五頁・二九頁。

(三九四) 前掲・注(二〇)(八八)(八九)(一七〇)(二一七)の拙著・拙稿を参照されたい。

六 ところで、「商法の自主性・独自性」の探求や「実質的意義における商法」の考察は、「民法のほかに、なぜ、商法が存在するのか」という問題、つまり民法に対する商法の相対的な独自性を確認し、論証する目的で行われた。

一見したところ、「商」に関する多種多様な規定の雑然とした集合にすぎず、民法が取扱わなかった残り物の寄せ

集めにすぎないかのような商法の諸規定を貫いて、これらを統一している理念なり、原理や精神といった共通の要素があるのか、つまり商法は民法の単なる附屬物にすぎないような法規範ではなく、独立した法分野をなしているのか、ということ問い、これを確認し、論証する作業であつた。

それでは、「なぜ」このような作業が必要だつたのであろうか。それは、商法学が民法学に対して、学問としての自主性・独自性を確立し、独立した学問であることを認知させるためであつた。田中(輔)博士の商的色彩論は、民法に対する商法の独自性の探求なのか、民法学に対する商法学の独自性の主張なのか、両者が混乱していて分かり難いところがあるが、後者を眼目として前者を問題にされている。つまり、「民法に対して商法の特徴を明瞭にし、以て商法学の自主性を確立することを目的」として商的色彩論は提唱されたのである。^(三九五)

しかし、商法が民法に対して独自性を持ち、商法学が民法学に対して自主性を有しているとしても、両者は全く関係がないものではなく、私法(学)として一体性を有している側面もある。^(三九七)

つまり、企業法としての商法は企業に関連した紛争についてだけ適用され、非企業間の紛争には適用されない。他方、民法には非企業間の紛争についてだけ適用され、企業に関する紛争には適用されない部分がある。しかし、これらの部分を除けば、商法に規定されていない部分は民法の適用を当然の前提としていたり、民法によって補充されるという関係にある。また、商法が民法を修正して特則や例外を定めている部分については、両者の基礎に共通性が存在していることになる。

注(三九五) 同旨、上柳・注(三五)二四頁以下。

(三九六) 田中(輔)・注(一四)「方法」八七頁。

(三九七) 田中(輔)・注(一四)「方法」七〇頁以下。なお、新山・注(五三)九七頁以下。

七 このように、民法と商法との間には全く関連性のない部分と関連性のある部分とが見られる。前者については民法学や商法学に固有の研究領域が存在することになるが、それでも研究上の関連性が全くないわけではない。

例えば、商法学における営業譲渡や合併の理解は民法学における相続財産(遺産)の理解に役立^(三九八)つし、合名会社員の

持分の理解は共同相続人の持分の理解に役立ち、合名会社の内部構造の分析は民法上の組合や入会団体・区分所有者

団体の分析に役立^(四〇〇)つし、会社の能力や設立・解散・清算・継続に関する研究は公益団体や中間団体、さらには法人につ

いて理解する上で役に立^(四〇二)つ。そして、企業の法的構造の分析は「人」の法的構造を分析する際の参考になる。^(四〇二)

民法と商法が関連性を有する部分については、両者を区別しながらも関連づけて取扱う必要があるのは、いうまでもないことである。民法と商法を区別すべき側面については、西原博士流の商法「企業法論が有用であるにしても、両者を連関づけて取扱うべき側面については、田中(耕)博士のように民商法が対象としている法律事実の同一性や共通性を重視する考え方が有用である。^(四〇三)

とはいえ、民法と商法の規制対象に表面的な(私の方法論という現象形態次元における)同一性・共通性があるように見えても、その奥の部分にある(私の方法論という実体次元・本質次元における)違いを看過したのでは、民法と商法の規制内容の違いを説くことが出来ない。

田中(耕)説のように、民法と商法の区別を民商二法間の性格的差異、即ち商的色彩の有無に帰するので^(四〇四)は、民法や商法が規制する生活事実の違いを捉えることと、民法や商法の規制内容そのものの違いを捉えることの区別が曖昧になり、民法に対する商法の独自性の問題と民法学に対する商法学の独自性の問題とが混乱することになる。

注(三九八) 拙著・注(二〇)所有権一八三頁以下、拙稿・注(一七〇)佐賀三四巻四号八四頁以下、同・注(二二七)佐賀二八巻五号九一

頁以下、同「共同相続財産の『二重の共有』論について(下)―共有と合有・補論三(下)―」佐賀大学経済論集二八巻六号(二九九六年)

八五頁以下。

(三九九) 拙稿・注(二一七)佐賀二八巻五号一〇三頁以下、同・注(三九八)佐賀二八巻六号九〇頁以下。

(四〇〇) 拙著・注(八八)企業と団体第一章・第七章、同・注(八九)財産法第四章。

(四〇一) 拙著・注(二〇)社団法人第一章・第七章。

(四〇二) 拙著・注(二〇)所有権一七一頁以下・二四七頁以下。

(四〇三) 三藤・注(二六)六三頁は、この点にこそ商的色彩論の優れた点があるとされる。

(四〇四) 田中(輔)・注(二四)「方法」八九頁。

八 田中(輔)博士は「民法はあらゆる私法上の法的事実の全部を自己の中に包含」し、「民法の支配が非限定的で、私法生活全部をカヴァーするものなることを前提とする」とされる^(四〇五)。さらに、「商法学が成立するためには、一般私法の学たる民法学が前提条件として存在すること、即ち民法学の商法学に対する先行性を承認しなければならない」とした上で、「すべての商法上の制度及び規定をその隅々に至るまですべて集団性と個性喪失を以て説明し得るものと主張するものではない」として、民法と商法の関連性および民法学と商法学の関連性を重視するとともに、商的色彩論の限界をも認められている^(四〇七)。

これに対して、民法と商法が対象とする人間型の違いを強調される西原博士は、民法と商法の区別を重視されているわけであるが、民法によって商法が補完されることを否定しているわけではない^(四〇八)。

ということは、いずれの説も民法と商法を区別・連関づけているわけであって、連関性の方を重視しているのか、区別の方を重視しているかの違いでしかなくことになる。それだからこそ、いずれの説も民法の研究を重視しており、商法だけを研究すれば足りるとしているわけではない^(四〇九)。

問題は、民法と商法を、なぜ・どのようにに区別・連関づけ、民法学と商法学を、なぜ・どのようにに区別・連関づける

のか、その目的と方法論にある。

注(四〇五) 田中(勲)・注(一四)「方法」六七頁・六八頁。

(四〇六) 田中(勲)・注(一四)「方法」七二頁。

(四〇七) 田中(勲)・注(一四)「方法」九八頁。

(四〇八) 西原・注(五六)「企業法論」九頁・二五頁・二九頁。

(四〇九) 西原・注(五六)「企業法論」一四頁。

(四一〇) 大隅・注(一)旧版はしがき三頁、田中(勲)・注(三六)「任務」六二頁、西原・注(一一)「今日の課題」五三頁(但し、民法解釈学の成果に左右されてはならないとされる「前掲・注(一一八参照)」、鈴木・注(二四八)「進路」七頁以下、同・注(二四八)「日本の商法学」二七頁。

九 商法を民法とともに私法の一部をなすとし、商法学の独立の部門として研究されるに適するのは商私法のみである(四二二)とされる田中(勲)博士は、経済(統制)法の登場による公法の商化によっても商法の自主性は失われ(四二二)とされる。

これに対して、商法を企業に特有な法規範・企業に特異な法規範とされる西原博士は、経済(統制)法と商法の綜合・融合を説かれるものの、企業に関連した公法規定までをも商法に含ませる趣旨ではないようである(第三章四節参照)。しかし、商法「企業法論者の中には、経済法だけでなく公法をも実質的意義における商法に含ませる見解もある」(「前掲・注(一二八)(一三〇参照)」。

たしかに、経済法や公法の規定が企業をめぐる紛争の裁判による解決の際に適用されることもある。しかし、そのような裁判規範は企業をめぐる紛争に適用される民法とともに、広義の企業法と位置づけ、裁判規範として適用されるわけではないが、企業をめぐる紛争の予防や裁判外における解決に役立つものは、最広義の企業法として位

置づけ、企業をめぐる紛争の解決のためにのみ裁判所において適用される私法規範を、狭義の企業法≡商法として整理すべきである(第二章一五節参照)。

というのは、企業に関連するからということ、あらゆる法規範を企業法≡商法に入れたのでは、限界がなくなつてしまい、^(四一三)今度は企業法が雑多な法規の寄せ集めとなつてしまうからである。

注(四一二) 田中(辨)法(二)概論一頁以下、同注(九)「商法の地位」二〇四頁・二〇六頁・二〇七頁。

(四一二) 田中(辨)注(一)概論四一頁以下。

(四一三) 同旨、田中(辨)注(一四)「方法」八七頁(なお、七八頁)、竹内・注(六)講座I五頁。

一〇 企業法を、(1)企業をめぐる私法上の紛争の解決のためにのみ適用される裁判規範(狭義の企業法)、(2)企業をめぐる私法上の紛争を解決するためにも適用される裁判規範(広義の企業法)、(3)企業をめぐる紛争の予防や民事裁判以外の処理の基準(最広義の企業法)という具合に整理すると、商法≡企業法として民法に対する独自性・自主性を有しているのは(1)の部分のみである。

しかし、(1)の部分のみでは企業法の全体像は得られないのであるから、この部分のみを「実質的意義における商法」として研究対象にしたところで、企業の法的構造に合わせた商法学の体系を構築することは出来ない。

したがって、企業をめぐる私法上の紛争を解決するための裁判規範としての企業法≡商法の全体像を作り上げるためには、(1)と(2)を合わせて研究対象にしなければならないが、(2)の部分は民法学や経済法学などの研究成果を参考にすることになる。だとすれば、商法や商法学の自主性・独自性は、民法や民法学などに対して相対的なものでしかない。

なお、具体的な紛争の解決に裁判規範を適用する場においては、商法や商法学の自主性や独自性を探求する必要は全く存在しない。というのは、この場面では、どの規範が、どの順序で適用され、その規範を、どのように解釈するのかということが問題となるにすぎず、その規範が「実質的意義における商法」か否かが問題となることはないからである。要するに、企業をめぐる紛争の場において、その解決に裁判規範として適用される規範が「実質的意義における商法」なのである。

それでは、商法や商法学の自主性・独自性を問う意義は何だったのであろうか。何のために、このような議論をし、「実質的意義における商法」の存在を問うて来たのであろうか。その原点に立ち帰って考え直す必要がある。^(四一四)

注(四一四) 同旨、弥永・注(六)法時七一巻七号四一頁。

一一 右の問題が裁判の場では発生する余地はなく、これを考察する意義はないにしても、立法の場ではどうであらうか。

民法と商法を別々の法典とするのか、単一の法典にするのか、それとも手形法・小切手法のように単行法を制定するのかは、歴史的事情や政策上の便宜性の問題であって、論理的に決まることではない。^(四一五)このような立法の場では、各法分野を厳密に区別することではなく、大まかな共通性・関連性の有無によって法分野を区分すれば、それで十分であらう。

私法の研究という観点から見たとき、民法と商法を関連づけて研究するのか、別々の規範として研究するのかということも、商法や商法学の自主性・独自性という基準によって論理必然的に決まることではなく、研究テーマによりけりであるし、研究者の問題意識や方法論によりけりである。

例えば、学問としての商法の意義とは「独立の学問分野として商法が存在するか」という問題であり、「商法学の存在を基礎づけることである」という観点から商法とは何かを論じ、その理論的・体系的把握を明らかにすることと考えることも出来る。^(四一六)

これとは逆に、民法と商法という既存の分野の枠に拘泥せず、両者を私法として統一的に研究すべきだという立場も存在しうる。さらに、民法と商法のみならず、労働法・経済法・無体財産権法・行政法さらには憲法をも視野に入れた総合的研究の必要性を説く見解も成り立ちうる。^(四一七)

いずれの途を選ぶのかは、研究者の問題意識次第であるし、これ以外の研究の途があるかも知れない。

注(四一五) 同旨、竹内・注(六)講座Ⅰ二二頁、上柳・注(三五)四五頁。

(四一六) 落合・注(一九)法教二八三号三六頁以下。

(四一七) 富山・注(二六)一頁以下・七頁以下。同旨、川島・注(二六)一四頁。

(四一八) 星野・注(四)論集(4)二九頁以下。

一二 民法(学)と商法(学)を関連させながらも区別しておいた方が便利か否かという問題は、法学教育という観点からも検討する必要がある。^(四一九)しかし、この問題も法学教育の目的や法学教育を行う事情の如何によりけりである。

つまり、法律実務家を養成するために教えるのか、そのための入門段階において教えるのか、あるいは教養教育の一環として教えるのか等の違いによって、民法と商法を連関づけながらも区別して教えるのが効果的なのか、それとも両者を一纏めにして私法として教えるのが効果的かということも異なってくるであろう。^(四二〇)

要するに、法学教育や研究の面で民法と商法を連関づけながらも区別して扱うのか、両者の違いを認めながらも

連関性を重視して、一元化して総合的に取扱うのかという選択は、法学教育や研究の目的・問題意識に応じて決めることであり、論理必然的に一つの答が出て来るものではない。

だとすれば、「商法の自主性・独自性」や「実質的意義における商法」を探究する問題は、往時には意義のあることであったかも知れないが、今日では、さほど意義のあることではなく、過大評価することは慎まなければならない。^(四二二)

民法と商法を区別して教育・研究するにせよ、両者の連関性に重きを置いて教育・研究するにせよ、社会法・経済法・行政法・憲法をも含めて総合的に取扱うにせよ、まず必要なことは、何のために、何を知らたくて、何を教えるために、その途を選択するのかということが明らかになっていることである。さらに、その問題意識に適した方法論を確立することである。

注(四一九) 同旨、幾代・注(二)七頁注(二)。なお、星野・注(四)論集(4)三〇頁注(四)、田中(勗)・注(六)「民法の商化」二七八頁。

(四二〇) 因に、川島・注(二六)一四頁は「講義・教育においてもこの両者(民法と商法…筆者注)を総合的に取扱うことを、早急に実現すべきである」とされるが、その目的や理由は必ずしも明らかではない。

(四二二) 同旨、田中(勗)・注(一)詳論六五頁以下・二一六頁以下、竹内・注(六)講座二二五頁・三三頁。

一三 私の場合、経済学部の学生に対して、経済現象と密接に関連した社会現象の一つとして法現象を位置づけ、経済学と関連させた企業法論や私法論の講義をしたいと念じて来た。

そのような目的を達成するために、法現象を本質・実体・現象形態の三つの次元に分けた上で、これを連関づけることにより、その法現象の全体像を把握しようという、私なりの方法論に辿り着いた第一章七節参照。

この方法論に基づいて、企業(者)の法的構造を分析し、この企業(者)の法的構造に即して商法上の諸制度・諸概念を

説明することにより、私なりの企業法総論を構築する手懸りを得たのではないかと考えている(第五章参照)。

また、この方法論に基づいて、自然人の法的構造を分析し、さらに法人団体や非法人団体(民法上の組合・法人でない社団・財団)という私法上の権利主体の法的構造を分析した上で、これらの私法上の主体に認められている各種の権利・義務の相互関係、つまり「人」や「事業者」の全体像における位置づけを行い(第三章七節の図参照)、各個の権利(例えば、所有権や債権・無体財産権)の内部構造や各個の権利・義務を発生させる制度(例えば、法律行為や時効・事務管理・不当利得・不法行為)の構造を分析し、右の全体像に即して連関づけることによって、私なりの私法学総論、少なくとも財産法学総論を構築できるのではないかと考えているが、未だ完成させえないでいる。

付記 「民商法二元論と資本主義私法」約款法規論を手懸りに「佐賀大学経済論集四卷一号(一九七一年)三五〜九七頁は、私が佐賀大学経済学部に赴任して最初に書いた論文である。

本年三月末日を以て定年を迎えるに当り、「『民商法二元論と資本主義私法』論の漂着点―実定法の哲学・私法哲学を目差して―」というタイトルで最終講義を行う計画の下に、佐賀大学における三四年間の研究生活を振り返り、前記の論文において自らに課した目標に向って努力をして来たのかどうか反省して見た(本誌一頁以下参照)。

その準備をする過程において、私が二〇代・三〇代の頃、読み耽った民法学者や商法学者の著書や論文を読み直しているうちに、現在の到達点から商的色彩論や商法=企業法論を分析し直したら、どのような論文を書くのか試したくなった。

三四年前よりも少しは成長したのか、成長しないままなのか、それとも退化しているのか、私自身が判断するのは難しいが、少なくとも若い頃の青臭さは抜けているのではないかと思われる。

定年を迎えたからといって、学者人生を終えるわけではない。それどころか、これから研究しなければならない

宿題は山積みしている。企業法総論や私法学総論に関わる問題を考察し続けることも、その宿題の一つである。それにしても、「少年老い易く、学成り難し」とは言い得て妙な格言であると、つくづく感じ入っている。